Bavar. 4821 z (3

<36622865890016

<36622865890016

Bayer. Staatsbibliothek

Handbuch

des

deutschen Civilprozesses

auf der

Grundlage und nach der Ordnung der bayerischen Gesezgebung

von

Dr. Johann Adam Seuffert,

Appellationsgerichtsrath in Ruhestand,

fortgesetzt in Verbindung mit

Dr. Johann Jakob Lauk,

Oberberg- und Salinen-Rath, und professor honorarius an der Universität zu München.

Dritter Band.

Erlangen 1842

bei J. J. Palm und Ernst Enke.

Gd/66/1128.

Kommentar

über die

bayerische Gerichtsordnung

(Codex juris bavarici judiciarii de anno 1753)

von

Dr. Johann Adam Seuffert,

Appellationsgerichtsrath in Ruhestand,

fortgesetzt in Verbindung mit

Dr. Johann Jakob Lauk,

Oberberg- und Salinen-Rath, und professor honorarius an der Universität zu München.

GYMNASIAL-BIBLIOTHEK FREISING

Dritter Band.

Erlangen 1842

bei J. J. Palm und Ernst Enke.

Kommentar

über die

Peinliche Gerichtsordnung

(Codex juris bavarici judiciarii de anno 1753)

von

Dr. Johann Adam Seuffert,

Rechtsanwalt in Nürnberg.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Erlangen,
gedruckt bei C. H. Kunstmann.

Vorwort.

Vorliegender Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung wird auch als „Handbuch des deutschen Civilprozesses" dargeboten. Zwar hat die Ursache einer mehrjährigen Pause der Fortsetzung (s. Vorwort zum Bd. II) — auch eine Beschränkung der Aufgabe, welche der zweite Titel bezeichnet, nöthig gemacht. Daß gleichwohl nach Kräften gestrebt wurde, diese Aufgabe zu lösen, möge insbesondre der dritte Band beweisen. In den Bestimmungen über den Beweis ist die bayerische Gerichtsordnung mehr, als in andern Theilen, mager, unvollständig und von mangelhafter Abfassung. Bei solcher Beschaffenheit des Gesetzes nachzuhelfen und zu ergänzen, ist Beruf der Wissenschaft. — Was wir aus dieser Quelle geschöpft haben, wird — nicht blos den Praktikern — zur Berücksichtigung und Prüfung empfohlen.

Die Ausarbeitung des dritten Bandes ist, mit Ausnahme eines kleinen Theiles, aus der Feder des Unterzeichneten geflossen. Durch Vorarbeiten und Entwurf hat Hr. Oberbergrath und Professor Dr. Lauk bis zu Kap. XI incl. Antheil genommen. Vermehrte Berufsarbeiten und dienstliche Reisen verursachten diese Beschränkung seiner so ersprießlichen Mitwirkung.

Die Zusätze und Berichtigungen am Schlusse dieses, wie der vorigen Bände, wolle der geneigte Leser zu den betreffenden Stellen vormerken. Sinnstörend steht S. 49 Z. 3 „Cedent" statt „Schuldner."

München den 18. August 1842.

Dr. J. A. Seuffert.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

Neuntes Kapitel.

Vom Beweise und Gegenbeweise überhaupt.

§. 1. Nothwendigkeit des Beweises (Beweislast) . . . 3
§. 2. Unterschied desselben 8
§. 3. Sachen, welche nicht bewiesen werden müssen . . 12
§. 4. Prozeß bei dem ordentlichen Beweise 20
§. 5. Prozeß bei dem summarischen Beweise 20
§. 6. Von den Probatorialartikeln:
I. Von der Beweisantretung im Allgemeinen . . 21
II. Vom anticipirten Beweise 23
III. Von den Beweisartikeln 28
§. 7. Von den responsionibus auf die Probatorialartikel 30
§. 8. Wie das punctum relevantiae zu verhandeln sey . 30
§. 9. Von der Produzirung der Zeugen und Originaldokumente 30
§. 10. Von Schriften und Disputationssätzen 30
§. 11. Von terminis probatoriis 30
§. 12. Vom Gegenbeweise 34

Seite

§. 13. Beschleunigung des Beweises und Gegenbeweises . 37
§. 14. Was bei jeder Sache zu beweisen sey:
I. Beweis der Rechtsgeschäfte 38
II. S. g. exceptio non rite impleti contractus . 41
III. Beweis des Verschuldens 43
IV. Beweis der Servituten-Ersitzung 44
V. Beweislast bei der actio negatoria 45
VI. " " Anwendung der lex Anastasiana 48
VII. Beweis von Erbansprüchen 49

Zehntes Kapitel.

Von dem Beweise durch Zeugen.

§. 1. Prozeß bei diesem Beweise 53
§. 2. Vom ausserordentlichen Zeugenverhöre 55
§. 3. Vom summarischen Beweise durch Zeugen . . . 56
§. 4. Kommission zum Zeugenverhöre 57
§. 5. Von Vernehmung unter anderem Gericht sitzender Zeugen 57
§. 6. Vorschlagung und Citation der Zeugen 59
§. 7. Verköstigung der Zeugen 59
§. 8. Vom Zwange der Zeugen 60
§. 9. Renunciation auf die vorgeschlagne Zeugschaft . . 63
§. 10. Von untüchtigen Zeugen 65
§. 11. Von exceptionsmäßigen Zeugen 69
§. 12. Unterschied zwischen untüchtigen und exceptionsmäßigen Zeugen 77
§. 13. Anzahl der Zeugen 82
§. 14. Beeidigung der Zeugen 85
§. 15. Von interrogatoriis 88
§. 16. Vom Zeugenverhöre 93
§. 17. Wie die Aussage beschaffen seyn müsse, wenn sie beweisen soll 96

Seite

§. 18. Von dem Rotulus, der Publikation, den Disputirsätzen 102
§. 19. Ob noch ein weiteres Zeugenverhör zugelassen werde 104
§. 20. Von widersprechenden Zeugen und deren Beweiskraft 105
§. 21. Vom Beweise zum ewigen Gedächtniß 109

Eilftes Kapitel.

Von dem Beweise durch schriftliche Urkunden.

§. 1. Von schriftlichen Urkunden überhaupt 115
§. 2. Von documentis publicis 119
§. 3. Von documentis privatis 134
§. 4. Von Originalien und Abschriften 144
§. 5. Von Produzirung und Uebergebung der Dokumente (Gang des Verfahrens beim Urkundenbeweis) . . 149
§. 6. Von Herausgebung und Edirung der Urkunden . . 162
§. 7. Von Rekognoscirung der Dokumente 176
§. 8. Von Diffitirung der Dokumente 182
§. 9. Von den sichtbaren Mängeln eines Dokuments . . 191
§. 10. Von documentis contrariis 198
§. 11. Von Contrarietät der Dokumente und Zeugschaften 201
§. 12. Wie zu beweisen sey, wenn die Dokumente verloren gegangen sind 204

Zwölftes Kapitel.

Von dem Beweise durch eignes Geständniß, Vermuthung, Augenschein, Kalkulation, Notorietät und gemeinen Ruf.

§. 1. Von der Confession 209
§. 2. Von praesumtionibus 223

Seite

§. 3. Vom Beweise:
I. Durch Augenschein 242
II. Durch Sachverständige 257
§. 4. Von der Kalkulation 263
§. 5. Von der Notorietät 270
§. 6. Von dem gemeinen Rufe 274

Dreizehntes Kapitel.

Von dem Eidschwure, wie auch dem Beweise, welcher dadurch gemacht wird.

§. 1. Von dem Eide überhaupt 279
Vgl. hiezu die Zusätze S. 394.
§. 2. Von dem juramento litis decisorio 293
§. 3. Von dem juramento suppletorio und purgatorio . 314
§. 4. Vom juramento in litem 324
§. 5. Von dem juramento manifestationis 332
§. 6. Von dem Eide vor Gefährde oder dem juramento calumniae 335
§. 7. Von dem juramento promissorio 337

Vierzehntes Kapitel.

Von der richterlichen Entscheidung des Streites.

§. 1. Was und wie vielerlei die Sentenz sey 341
§. 2. Von dem Schlusse der Sache vor der Entscheidung . 345
§. 3. Von Inrotulirung und Ergänzung der Akten . . 348
§. 4. Kommunikation der Akten ad cameram vor der Entscheidung in Kurfürstlichen Interessesachen . . . 350
§. 5. Von Verschickung der Akten an unpartheiische Universitäten und Rechtsgelehrte 353
§. 6. Wer die Sentenz gebe, und wie die Stimmen dabei zu zählen sind 354

Seite

§. 7. Wie die Sentenz abgefaßt werden solle 356
§. 8. Von Publizirung und Intimirung der Sentenzen . 368
§. 9. Von der Veränderung oder Erklärung eines Bescheides oder Raths-conclusi 371
§. 10. Von den remediis juris contra sententiam . . . 373
§. 11. Von der re judicata und derselben Wirkung . . . 374
§. 12. Von dem Beweise und der Auslegung eines Urtheils 383

Zusätze zum ersten Bande.

Erstes Kapitel.

§. 12. Fälle, worin das forum privilegiatum eximirter Personen nicht statt hat 386
§. 13. Sachen, welche von dem ordentlichen Gerichtsgang ausgenommen sind 386
§. 14. Von dem foro accessorio 387
§. 15. Forum in der Klage ex lege Diffamari 387

Zweites Kapitel.

§. 2. Richters Amt und Eid (Kollision der Statuten) . 387
§. 5. Von Advokaten 387

Zusätze zum zweiten Bande.

Drittes Kapitel.

§. 3. Von dem processu summariissimo und executivo 388
§. 4. Vom possessorio plenario 388
§. 6. Wer Prozeß führen kann 388
§. 8. Von armen und unvermöglichen Partheien . . . 390

Viertes Kapitel.

§. 3. Wie die actiones erlöschen 390
§. 5. Provocatio ex lege Diffamari 390
§. 7. Innerliche Erfordernisse eines Klaglibells 391
§. 10. Aeusserliche Form der Klagen 391

Seite

Fünftes Kapitel.

§. 2. Von der Verbal-, Real- und Subsidial-Citation . 391
§. 6. Von Kommunikationen und Mandaten 391
§. 8. Insinuirung der Citation 391
§. 9. Wirkung der insinuirten Citation 391

Sechstes Kapitel.

§. 1. Von der Kriegsbefestigung, Exception u. s. w. . . . 392
§. 8. Innerliche und äusserliche Form der Exceptionsschrift 392

Siebentes Kapitel.

§. 4. Wem man Vollmacht geben könne 392
§. 9. Wie weit sich die Spezial- und Generalvollmacht erstrecke 393

Achtes Kapitel.

§. 4. Von der Intervention 393

(Am Ende des zweiten Bandes finden sich Zusätze zu Kap. I §. 3, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 17 und 20; zu Kap. II §. 2, 3; Kap. III §. 4, 5, 7; Kap. V §. 8; Kap. VIII §. 2. und 4.)

Zusätze zum dritten Bande.

Dreizehntes Kapitel.

§. 1. Von dem Eide überhaupt 294

Neuntes Kapitel.

Vom Beweise und Gegenbeweise überhaupt.

Bayerische Staatsbibliothek München

Neuntes Kapitel.

Vom Beweise und Gegenbeweise überhaupt.

§. 1.

Nothwendigkeit des Beweises.

Wer die rechtliche Folge gegebner Thatsachen in einer Civilprozeßsache, sey es im Wege der Anforderung oder der Vertheidigung, zur Anerkennung und Wirksamkeit bringen will, muß diese Thatsachen nicht blos behaupten, sondern auch beweisen. Diese Nothwendigkeit des Beweises findet in Ansehung aller für die Entscheidung einer Rechtssache relevanten Thatumstände statt, wohingegen für dasjenige, was in dem Vorbringen der Partheien als unerheblich und überflüssig erscheint, eine Bewahrheitung nicht gefordert werden kann. — In Ansehung der Frage, welcher von den Partheien über einen relevanten Thatumstand die Beweislast[1]) obliege, kommt es zunächst darauf an, in dem beiderseitigen Vorbringen dasjenige, was

1) Weber über die Verbindlichkeit zu Beweisführung im Civilprozeß; 2te Ausg. von Heffter 1832. — Borst über die Beweislast im Civilprozeß 1816. — Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses 1827 S. 319 ff. — Rizy über die Verbindlichkeit zur Beweisführung 1841. — Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. I S. 26 ff. S. 239 ff. — Linde in der Gießner Zeitschrift Bd. I S. 94 ff. — v. d. Pfordten in den Blättern für Rechtsanwend. Bd. III S. 17, 33, 65, 85, 220, 357, 376.

zur Begründung von Klage oder Einrede erforderlich ist, und das nur als Einlassung Vorgebrachte von einander anszuscheiden. Hierbei kommen die oben zu Kap. VI §. 1, 6, 12, 13 vorgetragnen Grundsätze zur Anwendung. Da die thatsächlichen Voraussetzungen der einzelnen Klagen sowohl, als auch der Rechtshinderungs- und Rechtsaufhebungsgründe dem Civilrechte angehören, so erscheint in so fern auch die Frage der Beweislast, als eine civilrechtliche. In der That enthalten die verschiedenen Civilgesetzgebungen für einzelne Rechtsverhältnisse zahlreiche Vorschriften über Beweislast; diese sind überall zunächst in Anwendung zu bringen, und nur da, wo es an einer solchen besondern civilrechtlichen Bestimmung fehlt, ist die Entscheidungsnorm in den hierüber geltenden Grundsätzen des Civilprozesses zu suchen. — Zur Feststellung der Beweislast hat der Richter

1) Die Klage in's Auge zu fassen, und sich die den subjektiven wie den objektiven Klagegrund[2]) umfassende Frage zu beantworten, welche Thatsachen nach dem Civilrechte zur Begründung des erhobenen Anspruchs[3]) erforderlich seyen, und demnach, damit die Klage Erfolg habe, bewahrheitet vorliegen müssen. Die Beantwortung dieser Frage besei-

2) Vergl. Komment. Bd. II S. 141.

3) Nur die zur Entstehung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen sind zu behaupten und zu beweisen. Darüber, daß derselbe jetzt noch fortdauere, liegt dem Kläger eine Nachweisung eben so wenig ob, als — im Falle der Ableitung des Anspruchs aus einer Willenshandlung — die Nachweisung des Nichtdaseyns eines besondern Hindernisses der Dispositionsfähigkeit (Minderjährigkeit, Eigenschaft als Hauskind, Geistesstörung) oder der Willensbestimmung (Zwang, Irrthum, Betrug, Simulation oder Scherz). — Vielmehr hat derjenige, welcher die Giltigkeit einer Willenshandlung aus solchem Grunde ansieht, seinerseits das Daseyn des behaupteten Hindernisses zu erweisen. Vergl. Komm. Bd. II S. 239 — 40. Bayer Vortr. zu Martin §. 182.

tigt sowohl die völlig unerheblichen Bestandtheile des Vorbringens als auch dasjenige, was als antizipirte Beantwortung vermutheter Entgegnungen des Beklagten erscheint. Dagegen äussert es hier keinen Einfluß, daß gewisse für die Klagbegründung wesentlichen Thatumstände zuerst vom Beklagten zur Sprache gebracht wurden. — Hiernächst wendet sich der Blick des Richters auf die Erklärung des Beklagten über jene, als wesentlich für die Klagbegründung erkannten, Thatsachen, indem er gemäß der zu Kap. VI §. 1 entwickelten Grundsätze an dem Inhalte der Vernehmlassung Einlassung und Einreden von einander sondert. Unter Anwendung dessen, was unten zu §. 3 Nr. 1 und zu Kap. XII §. 1 vorgetragen werden wird, ergibt sich aus dieser Betrachtung, was von den zur Klagbegründung erforderlichen Thatsachen widersprochen, was für zugestanden anzunehmen sey. Das Letztre bedarf keines Beweises mehr. Das Widersprochene hingegen bildet die Aufgabe der nach der Regel: „actori incumbit probatio“ dem Kläger obliegenden Beweisführung. Von dieser Obliegenheit treten Ausnahmen ein, wenn dem Beweispflichtigen eine Rechtsvermuthung (Kap. XII §. 2) oder Notorietät (Kap. XII §. 5) zur Seite steht. — Ueber Beweispflicht bei verneinenden Behauptungen s. unten §. 3 III.

2) Indem der Richter die Vernehmlassung des Beklagten prüft, um die über den Klagegrund abgegebne Erklärung daraus zu entnehmen, nimmt er zugleich die Einreden wahr, deren thatsächlichen Grund der Beklagte zu beweisen hat. (S. Komment. zu Kap. VI §. 6). Hierüber gilt nun ganz dasselbe, was eben in Betreff des dem Kläger obliegenden Beweises gesagt wurde. Was blos zur Kolorirung oder sonst zum Ueberfluß eingestreut, was vorsorglich zur Ableugnung etwaiger Repliken beigefügt wurde, hat keine Beweislast zur Folge. Dagegen kann dem Beklagten die Beweisführung über Thatumstände obliegen, auf welche zuerst im Replikſatze des Klägers Bezug genommen wurde; so fern sich nemlich solche als

erheblich zur Begründung von Einreden des Beklagten darstellen. Was von dem Einflusse gesagt wurde, welchen die Einlassung des Beklagten auf Feststellung und Umfang der Beweislast hinsichtlich der Klage äußert, findet gleichmäßige Anwendung auf die Beantwortuug der Einreden von Seite des Klägers[4]); eben so, was von den durch Vermuthungen oder Notorietät begründeten Ausnahmen gilt.

3) Was von Einreden in Bezug auf Beweislast Rechtens ist, dient auch zur Norm für die Bewahrheitung der Gegeneinreden (Repliken im engern Sinne), so wie der Einreden gegen die Repliken (eigentliche Düpliken) u. s. w. — Werden im Laufe des Rechtsstreites auf dem Grunde besondrer Thatsachen prozeßrechtliche Anträge z. B. in Bezug auf Terminsverlegung, Restitution, Zeugenverwerfung, Attentaten u. d. g. gestellt, so bringt es der allgemeine Grundsatz mit sich, daß dem Imploranten die Bewahrheitung der fraglichen Thatsachen obliege.

Wo es sich von Realansprüchen handelt, und ein spezieller Entstehungsgrund nicht angeführt wurde, wird der Beweissatz in allgemeiner Fassung blos auf das Daseyn des fraglichen Rechtes gerichtet[5]). Giebt es jedoch über den Umfang desselben keine Regel des Rechtes, und es wird im einzelnen Falle auch über den Umfang des behaupteten Servitut- oder deutschen Realrechts gestritten, so muß die Beweisauflage diese Beschaffenheit des Streitgegenstandes bezeichnen[6]). — Abgesehen von Realansprüchen ist nicht das Bestehen des geltend gemachten

4) Vgl. Ges. vom 17. Nov. 1837 §. 21. — S. Komment. zu Kap. IV §. 12.

5) S. Komm. Bd. II. S. 147, III. Hinsichtlich der hieher gehörigen Besitzklagen vergl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 107.

6) Bl. f. RA. Bd. VI S. 241.

Rechtes z. B. einer Entschädigungsforderung von tausend Gulden, sondern die konkrete Thatsache zum Beweise auszusetzen, aus welcher Forderung oder Einrede abgeleitet wird. Eben deßwegen sind Beweisauflagen der Art: „daß Beklagter dem Kläger so und soviel aus diesem oder jenem Geschäfte schuldig sey“ oder gar „daß er sie ihm noch schuldig sey[7])“ — unter allen Umständen fehlerhaft. — Der Beweissatz muß hier alle diejenigen Thatumstände umfassen, deren Anführung zur thatsächlichen Begründung der Klage oder Einrede erforderlich ist[8]); soweit nemlich diese Thatumstände eines Beweises noch bedürfen[9]). Hiermit ist zugleich die Gränze des Aufzunehmenden bezeichnet. Des Zusammenhangs oder auch der Deutlichkeit wegen ist es jedoch mitunter unvermeidlich, in den Beweissatz auch zugestandene oder unerhebliche Merkmale des Faktums aufzunehmen, in welchem Falle es aber zur Vermeidung künftiger Mißverständnisse dem Richter obliegt, in den Entscheidungsgründen auf diese besondre Bewandtniß aufmerksam zu machen. — Ist ein gangbarer juristischer Ausdruck geeignet, das zu beweisende Faktum nach seinen wesentlichen Merkmalen vor Augen zu stellen, so geht es wohl an, sich desselben zur Abkürzung des Beweissatzes zu bedienen; z. B. dem Beklagten den Beweis der 30jährigen Extinktivverjährung aufzulegen[10]). — Eine erforderliche nähere Bezeichnung

7) Hierin wäre dem Kläger der Beweis der Nichtexistenz von Erlöschungsgründen zugemuthet, was offenbar verkehrt.

8) S. Komm. Bd. II S. 139—40.

9) Liegt in Bezug auf eine Thatsache bereits ein unvollständiger Beweis vor, so hat dies auf die Feststellung des Beweissatzes keinen Einfluß; dieselbe wird gerade so zum Beweise ausgesetzt, als ob dieser unvollständige Nachweis nicht vorhanden wäre. Indessen kann das bereits vor dem Interlocute Erbrachte bei der nachher stattfindenden Beweisführung benützt werden.

10) S. über diesen und die folgenden Sätze Bayer Vortr. zu Martin §. 180 u. 181.

oder Aufzählung kann im Beweissatze durch Hinweisung auf die Aktenstelle, wo sich dieselbe findet, umgangen werden. — In Fällen, wo es sich von einer gewissen Summe handelt, und bei dem Gelingen des Beweises bezüglich eines Theils derselben ein partieller Eintritt der rechtlichen Folgen stattfinden kann, pflegt man der Anführung der Summe im Beweissatze beizufügen: „oder um wieviel weniger [11])".

Fußt eine Klage oder Einrede auf mehrern thatsächlichen Gründen, von welchen jeder für sich hinreichend wäre, so ist der Beweissatz alternativ zu fassen [12]).

Betrifft der Streit der Partheien über eine Klage oder Einrede lediglich die Prämisse einer Rechtsvermuthung z. B. die Thatsache der Zurückgabe des Schuldscheins von Seite des Gläubigers an den Schuldner, so ist der Beweissatz auf diese Prämisse, nicht auf das zu stellen, was daraus unbestritten zu folgern ist, nemlich (im angeführten Beispiele) die Erlassung der Schuld [13]).

§. 2.

Unterschied desselben.

Von den Eintheilungen des Beweises werden in diesem §en hervorgehoben:

I. die in vollständigen und unvollständigen,

II. die in ordentlichen und summarischen Beweis.

Die Eintheilung zu I. bezieht sich auf den Grad der durch die Beweisführung hervorgebrachten Ueberzeugung.

Vollständig ist der Beweis, wenn er juristische Wahrheit bewirkt d. h. so viele und so starke Gründe darbietet, als hinreichend sind, um dem Gerichte zum

11) Dieser Beisatz ist jedoch, um den partiellen Eintritt der rechtlichen Folgen stattfinden zu lassen, nicht unerläßlich.

12) Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 97 ff.

13) Fr. 2 §. 1 de pactis (2, 14.) — Vgl. Bayer a. a. O.

Zwecke der prozessualischen Beurtheilung über eine Thatsache Gewißheit in der Art zu verschaffen, daß auf den Grund des Beweises definitiv zu Gunsten des Beweisführers geurtheilt werden kann. S. u. Kap. X §. 13 Nr. 2.

Unvollständig oder unvollkommen ist der Beweis, wenn diese Gewißheit nicht vorhanden und daher, wo es sich nicht blos von Bescheinigung handelt, entweder der einen Parthei der Erfüllungseid (Kap. XIII §. 3 unten) oder der andern der Reinigungseid (ebend.) aufzulegen ist.

Mehrere gleichartige oder verschiedenartige Beweismittel, von denen keines für sich vollen Beweis macht, können vereint doch volle Ueberzeugung begründen, z. B. ein außergerichtliches Geständniß und die Aussage eines vollgiltigen Zeugen.

In Fällen von großer Wichtigkeit sollen aber, abgesehen von dem Zusammenwirken klassischer Zeugenaussagen, mehrere unvollkommene Beweise gegen den beklagten Theil niemals einen vollständigen Beweis machen können, und nach der Vorschrift der Gerichtsordnung in Kap. XIII §. 3 Nr. 4 in dergleichen Fällen auch der Erfüllungseid nicht statthaben.

Es bleibt daher hier nichts anderes übrig, als auf den Reinigungseid zu erkennen. Die Vorschrift bezieht sich aber nur auf den Fall, wenn es sich von einem Beweise gegen den Beklagten handelt, nicht aber auf den, wo ein so gearteter Beweis gegen den Kläger vorliegt; hier bleibt es vielmehr bei der Regel, daß die Uebereinstimmung resp. das Zusammentreffen mehrerer unvollkommener Beweismittel einen vollständigen Beweis zu liefern vermag.

Ueber das Daseyn des Merkmals „großer Wichtigkeit" entscheidet das Ermessen des Richters.

Nach den in der Ger. Ordn. Kap. XIII §. 3 Nr. 4, so wie in den Anmerkungen zu eben dieser so wie zu der

hier in Frage stehenden Stelle enthaltenen näheren Andeutungen und der Natur der Sache gehören dahin insbesondere:

a) Rechtsstreitigkeiten, die eine große, für die Verhältnisse des Beklagten bedeutende Summe Geldes, oder sein ganzes Vermögen oder einen beträchtlichen Theil desselben betreffen, worüber dem Beklagten der Nachweis obliegt;

b) solche, wo des Beklagten Ehre und guter Name auf dem Spiele steht;

c) wo es sich um den Rechtsbestand einer Ehe handelt. (In Familienstandssachen anderer Art soll das Zusammenrechnen mehrerer unvollkommner Proben nach Cod. civ. Th. I Kap. V §. 9 Nr. 7 zulässig seyn).

Bemerkt muß werden, daß hier bei dem Ausdruck „vollständiger oder unvollständiger" Beweis nur die Stärke des Beweises, nicht aber die Beziehung desselben auf den Umfang des Beweissatzes gemeint ist. Besteht nemlich der Beweissatz aus mehreren kopulativ zu beweisenden Thatsachen oder löst ihn die Beweisführung in seine einzelnen Merkmale auf, so ist der Beweis, wenn er nicht über alle einzelnen Thatsachen oder Umstände hergestellt ist, nur ein partieller, welcher selbst wieder ein vollständiger oder unvollständiger seyn kann [1]).

Zu II. Der Ausdruck „summarischer Beweis" kommt in mehrfacher Bedeutung vor:

1) als Gegensatz des Beweises durch Zeugen, so daß nur dieser, wenn er in den dafür vorgezeichneten Formen geführt wird, als ordentlicher gilt, hingegen die Beweisführung durch andere Probemittel, so wie der Zeugenbeweis, bei welchem die angeführten Formen wegbleiben, summarisch heißt (§. 5 unten) [2]);

1) Bayer Vorträge zu Martin §. 127 ꝛc. II. 4.

2) Die Veranlassung dieser Bezeichnung liegt darin, daß man

2) als gleichbedeutend mit Bescheinigung d. h. bloßer Wahrscheinlichmachung im Gegensatz der Erbringung vollen Beweises [3]);

3) als Beweisführung mit abgekürztem Verfahren ohne Minderung des Grades der zu verschaffenden Ueberzeugung.

Hieher gehören insbesondere die Fälle, in welchen die Beweisführung (nicht bloß Bescheinigung) sofort mit

von alter Zeit her gewöhnt war, das artikulirte Verfahren den ordentlichen Prozeß zu nennen; es war daher natürlich, dem Zeugenbeweis wegen der dabei stattfindenden Artikel den Namen „ordentlicher Beweis" beizulegen, und ihm die übrigen Beweismittel, bei denen es keiner Artikel bedurfte, als „summarische" Probemittel entgegenzusetzen. v. Gönner Kommentar zum Gesetz vom 22. July 1819. S. 161.

3) Bescheinigung wird durch unvollständigen Beweis erbracht z. B. durch weniger als zwei klassische Zeugen, oder durch Zeugnisse, welche nicht unter Beobachtung der gesetzlichen Formen erhoben wurden, durch Urkunden, welche zwar das Gepräge der Glaubwürdigkeit tragen, aber noch nicht anerkannt sind, insbesondere durch beglaubte Abschriften oder Auszüge, durch Gutachten von Sachverständigen, oder Augenschein, zu deren Erhebung der Gegner nicht zugezogen worden. — Ueber den Grad der Wahrscheinlichkeit, welchen der zur Bescheinigung Pflichtige zu verschaffen hat, besteht keine allgemeine Vorschrift. — Ist hohe Gefahr auf dem Verzuge oder handelt es sich von einer Sache von geringem Präjudize, die sich ohne Schwierigkeit wieder rückgängig machen läßt, so begnügt man sich auch mit einem geringeren Grade oder läßt das Provisorium sofort mit der Auflage alsbaldiger besserer Bescheinigung eintreten. Ueber Bescheinigung überhaupt vgl. Puchta in der Gießner Zeitschr. für Civilr. und Proz. Bd. I S. 293 ff. Ueber Bescheinigung durch Postscheine Bl. f. RA. Bd. VI S. 144. OAGErk. v. 10. Okt. 1834. Akt. des AG. des vorm. Rezatkr. Nr. 156. v. J. $18^{29}/_{30}$.

der Imploration zu verbinden ist [4]); ferner die Fälle, in welchen das gewöhnliche Verfahren mit Besonderheiten, welche Beschleunigung bezwecken, zur Anwendung kömmt [5]).

§. 3.

Sachen, welche nicht bewiesen werden dürfen.

I.

Die Vorschrift der Gerichtsordnung: „Was weder specialiter, noch generaliter widersprochen wird, das braucht auch keinen Beweis" ist durch die Bestimmungen der §§. 19 und 21 der Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837 wesentlich modifizirt worden. Der allgemeine Widerspruch hat keine rechtliche Wirkung mehr. Die der generischen Klage, Einrede u. s. w. zum Grunde liegenden Thatumstände, welche man widersprechen will, sind ausdrücklich zu bezeichnen und verneinend zu beantworten. Jeder nicht besonders und bestimmt widersprochene Thatumstand wird für zugestanden angenommen [1]). — Es hat jedoch die Wirkung des Widerspruchs, wenn der Beklagte der Geschichtserzählung des Klägers eine davon mehr oder minder abweichende entgegenstellt; hierin liegt eine fakti-

4) Z. B. bei dem possessorium summariissimum darüber, daß Implorant Jahr und Tag vor entstandener Irrung im ruhigen Besitz der streitigen Sache oder Gerechtsame gewesen. Komment. Bd. II S. 83.

5) Z. B. der Beweis der geschehenen Diffamation oder des von dem Provokanten behaupteten Besitzstandes oder Eigenthums bei der provocatio ex lege diffamari. Komment. a. a. O. S. 133. Nr. VI.

1) Hat der Kläger einen vom Beklagten in der Vernehmlassung ausdrücklich und bestimmt widersprochenen Thatumstand im Replikſatze wiederholt behauptet, so kann daraus, daß in der Duplik keine Wiederholung der verneinenden Antwort vorkommt, ein Zugeständniß nicht gefolgert werden. von Spieß Erläut. ed. II §. 49.

sche Ableugnung derjenigen Thatumstände, in welchen die Erzählungen der beiden Partheien von einander abweichen. Das Gesetz erklärt diese nicht für unwirksam, es fordert nur eine ausdrückliche Bezeichnung der zu widersprechenden Thatumstände, und in Bezug auf jeden derselben eine besondere und bestimmte Erklärung des Widerspruchs (der verneinenden Antwort); eine solche liegt aber auch in der Gegenüberstellung von Behauptungen, deren Wahrheit die Wahrheit der gegnerischen ausschließt. Die gesetzlichen Erfordernisse „besondere und bestimmte" sind nicht als identisch mit „formelle, wörtliche" aufzufassen. Indessen ist es doch räthlich, die Form ausdrücklicher Verneinung zu wählen. Vergl. übrigens Komment. Bd. II S. 239 Note 8.

Auch die ausdrückliche Ableugnung der einzelnen Thatumstände verliert ihre Wirksamkeit, wenn nach der eignen Erzählung des Sachverhaltes, welche der Ableugnende beifügt, eine Abweichung nur in unerheblichen Nebenumständen, in der Hauptsache Zusammenstimmung stattfindet. — Ueber den Fall, wenn der Beklagte anführt, das der Klage zu Grund liegende Geschäft sei unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung geschlossen worden s. unten §. 14 I.

II.

„Man soll nur das Factum, nicht aber das Recht „selbst beweisen, Partikularstatuten nnd Gewohnheiten „ausgenommen, welche, wenn sie nicht öffentlich kundbar „sind, ebenfalls dargethan werden müssen."

Durch diese, Partikularstatuten und Gewohnheiten betreffende, Vorschrift ist dem Richter keineswegs verwehrt, oder gar verboten, von Amtswegen Nachforschungen über das Bestehen von Rechtsnormen solcher Art zu halten. Vielmehr gilt die Pflicht des Richters, sich über das in seinem Amtsbezirke geltende Recht gründliche Kenntniß zu verschaffen, auch für solche Rechtsquellen.

Ist in den Akten eines einzelnen Prozesses durch Allegation eines Partikularstatuts oder Herkommens Veranlassung gegeben [2]), so fragt es sich vorerst, ob dasselbe nicht öffentlich kundbar sey? — Der Umstand, daß der (vielleicht erst vor Kurzem in diesen Amtsbezirk versetzte) Richter nichts davon weiß, ist kein Grund, die Nichtkundbarkeit anzunehmen; auch muß ein Statut oder Gewohnheitsrecht, um als öffentlich kundbar zu gelten, nicht gerade durch den Buchdruck beurkundet seyn; aus den Generalakten des Gerichts, durch Korrespondenz mit höhern Behörden, mit frühern Beamten, mit dem Landesarchive oder dem historischen Vereine der Provinz, ferner durch Vernehmung kundiger Personen und durch Nachforschung in ältern Prozeßakten gleichen Betreffs, welche sich mittels der Registraturverzeichnisse auffinden lassen [3]), läßt sich die Kundbarkeit eben so gut erheben. Wurde eine Rechtsquelle der bezeichneten Art in Bezug genommen, so ist der Richter so berechtigt als verpflichtet, vorerst jene Wege der Erkundigung zu betreten, und nur im Falle der Erfolglosigkeit dieser von Amtswegen zu pflegenden Nachforschung, ist der Parthei, welche sich auf das Statut oder Herkommen berufen hat, die Nachweisung desselben aufzugeben. Für diese Nachweisung mag zwar eine Präjudizialfrist mit der Bedrohung vorgesteckt

2) Durch diese Voraussetzung unterscheidet sich die hier erörterte Frage von derjenigen, die in den Bl. f. RA. Bd. VI S. 388 behandelt ist.

3) Der Satz „inter alios acta vel judicata aliis nec prodesse nec nocere“ steht hier nicht im Wege; er bezieht sich nur auf Ermittlung und Annahme der Wahrheit von Thatsachen; auch handelt es sich nicht davon, den in frühern Rechtssachen erfolgten Ausspruch auch für die jetzt obschwebende gelten zu lassen; es sollen nur die Merkmale öffentlicher Kundbarkeit einer Rechtsnorm, welche sich in den älteren Amtsakten finden, von Amtswegen zur gegenwärtigen Benützung erhoben werden. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 111—12.

werden, daß nach deren fruchtloser Verstreichung das Urtheil in der Art ergehen werde, als ob das behauptete Statut und Herkommen nicht bestehe. Aber wird die erforderliche Nachweisung, obwohl erst nach Verstreichung der Frist, nur vor Erlassung des Urtheils beigebracht, so ist dieselbe noch wirksam [4]). Denn die nunmehr nachgewiesene Rechtsnorm hat die verbindliche Kraft, zufolge welcher sie für das Urtheil zur Richtschnur dient, nicht erst durch die Nachweisung erlangt, sondern sie kommt ihr schon zufolge ihres Daseyns zu. Demzufolge ist hier auch die Nachweisung an die regelmäßigen Formen des Beweisverfahrens nicht gebunden; vielmehr ist die Beweisführung der Parthei nur als Beihülfe zu der von Amtswegen zu pflegenden Nachforschung aufzufassen [5]).

Unter Partikularstatuten sind in obiger Gesetzstelle nicht Provinzialrechte einzelner Landestheile [6]), sondern die statutarischen Gesetze von Stadt- oder Landgemeinden, von Korporationen und Genossenschaften verstanden. Indessen können auch Gesetze für ganze Landestheile, welche etwa früher selbstständig waren, zur Subsumtion

4) Selbst wenn sie erst in einer höhern Instanz beigebracht wurde. Vgl. Puchta Gewohnheitsrecht Bd. II S. 174, 188.

5) Vgl. über die hier aufgestellten Grundsätze deren nähere Entwicklung bei G. F. Puchta a. a. O. S. 151—198. — Die Vorschrift der GO., nach welcher Partikularstatuten und Gewohnheiten, wenn sie nicht öffentlich kundbar, von der allegirenden Parthei dargethan werden müssen, enthält nichts, wodurch die Anwendung dieser Grundsätze ausgeschlossen würde. S. auch v. Savigny Röm. R. Bd. I S. 186 f.

6) „Ueber den gesetzlichen Charakter der in allgemeinen Sammlungen von Verordnungen aus der älteren Zeit enthaltenen Verfügungen der obersten und oberen Staatsbehörden" findet sich eine interessante Erörterung in Pfeiffer's prakt. Ausführungen Bd. VI S. 162 ff., von welcher die Bl. für RA. Bd. VII S. 53. einen Auszug liefern.

unter dieselbe geeignet seyn, wenn nemlich durch geschichtliche Ereignisse solche Verhältnisse herbeigeführt wurden, in welchen die Kundbarkeit derselben verloren gieng [7]).

Kommt es in einem Prozesse auf eine Rechtsnorm an, welche in einer andern Provinz des Landes die Eigenschaft des öffentlich kundbaren Rechtes hat, so muß sich der Richter die ihm abgehende nähere Kenntniß durch amtliche Korrespondenz verschaffen, und kann den Partheien darüber keine Auflage machen. — Wohl aber ist dies zulässig, wenn Gesetze des Auslandes in Anwendung zu bringen sind; nur ist der einfachere Weg der amtlichen Correspondenz, sofern im einzelnen Falle nicht besondere Schwierigkeiten obwalten, auch hier zu empfehlen.

III.

Die Gerichtsordnung bestimmt: „Ist auch kein Theil „schuldig, den Beweis desjenigen, was er nur schlechterdings verneint hat, zu Latein: probationem negativam auf sich zu nehmen, es sey denn, daß man sich „darauf gründe, und dieselbe zugleich durch die Zeit, „und den Ort in gewissem Maaße eingeschränkt, oder „doch so beschaffen sey, daß sie nur den Worten nach „eine Verneinung, in der Sache selbst aber mehr eine „Bejahung in sich halte."

Die hier aufgestellte Regel, daß der blos Verneinende vom Beweise frei sei, ist nicht mit dem oben §. 1 vorgetragnen Satze zu verwechseln, zufolge dessen die bloße Ableugnung der zur Begründung der gegnerischen Klage oder Einrede dienenden Thatumstände keine Beweislast nach sich zieht. Vielmehr soll man auch bei sochen Verneinungen, welche zur Begründung der eignen Klage oder Ein-

7) S. Bl. f. RA. Bd. VI S. 388.

Einrede dienen, vom Beweise frei seyn[8]), wenn nicht entweder die Verneinung eine sowohl auf einen gewissen Ort als eine gewisse Zeit eingeschränkte[9]), oder nur eine scheinbare d. h. eine in negativen Wortformen ausgedrückte Bejahung ist. — Die angeführte Regel findet ihre Anwendung in allen Fällen, in welchen statt des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation etwas Anderes, oder nebst demselben noch ein Mehreres auf dem Grunde des Vorbringens, daß die Erfüllung der Obligation von Seite des Gegners nicht oder nicht rechtzeitig geschehen sei, gefordert wird[10]). Unterbleibt z. B. die Erfüllung eines Kaufgeschäftes von Seite des Verkäufers, so kann der Käufer die Leistung des Interesse verlangen. Die Nichtleistung des Gebührenden ist eine faktische Voraussetzung der Forderung des Interesse; aber der Käufer braucht sie nicht zu beweisen, weil das deßfallsige Vorbringen eine reine Verneinung ist. Aus demselben Grunde ist der Verkäufer vom Beweise der Nichtzahlung des Kaufgeldes frei, wenn er vom Käufer in Gemäßheit der **lex commissoria** die Zurückgabe der

8) Vgl. Kreittmayr zu diesem §en lit. c. — Die von Weber, Linde, Bayer u. a. über den Beweis negativer Behauptungen aufgestellten Ansichten können hier nicht zu Grunde gelegt werden, weil die Bestimmung der GO. davon abweicht. — Auch läßt sich nicht verkennen, daß die Theorie der angeführten Schriftsteller keineswegs befriedigend erklärt, warum der Kläger, welcher statt des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation das Interesse fordert, vom Beweise der gegnerischen Nichterfüllung, oder warum der Privationskläger vom Beweise der dreijährigen Nichtentrichtung des Canon's frei sey.

9) D. h. das Vorbringen, daß etwas in einer gewissen Zeit (Zeitraum oder Zeitpunkt) in einem gewissen Raume nicht geschehen sei.

10) Weber a. a. O. VI §. 16 S. 165 (ed. II.)

Sache verlangt[11]); eben so jeder Kontrahent, der gegen den andern die für den Fall der Nichtleistung bedungene Konventionalstrafe einklagt; der Kläger bei der condictio causa data causa non secuta, welcher den Nichteintritt der causa nicht zu beweisen hat[12]), der Herr (dominus directus) der Emphyteuse, dem bei der Privationsklage nicht obliegt, die dreijährige Nichtzahlung des Canon's von Seite des Emphyteuta darzuthun[13]). — Bei der Einrede der Extinktivverjährung der Klage hat der Beklagte nur den Zeitpunkt der Nativität der Klage darzuthun, keineswegs aber die Nichtanstellung der Klage seit jener Zeit[14]). Es handelt sich hier zwar von einer auf gewisse Zeit eingeschränkten Verneinung, aber das andere Merkmal der Ausnahme, die Einschränkung auf einen gewissen Raum ist nicht vorhanden.

Wohl aber ist auch dieses Merkmal gegeben, wenn die Erlöschung einer Servitut wegen Nichtausübung in der gesetzlichen Zeit behauptet wird; es handelt sich hier davon, daß etwas (die Ausübung des Rechtes) die gesetzliche Zeit hindurch in dem Raume der dienenden Sache nicht geschehen sey. Deßwegen trifft hier die Beweislast diejenige Parthei, welche die Erlöschung der Servitut durch Nichtausübung klagend oder einredend behauptet[15]). Ein andres Beispiel der auf Zeit und Ort eingeschränkten Verneinung findet sich in fr. 10 de verb. obl. (45, 1), zufolge dessen im Falle der Stipulation:

„si Lucius Titius ante Kalendas majas in Italiam non venerit, decem dare spondes?"

11) Heffter zu Weber a. a. O. S. 285. Nr. 5. Linde in der Gießner Zeitschr. Bd. I S. 114 lit. b.

12) Heffter a. a. O., Linde a. a. O. S. 117.

13) Vgl. C. 2 de jure emphyt. (4, 66). Linde a. a. O. S. 115. lit. c.

14) Heffter a. a. O. S. 281.

15) Heffter a a. O. S. 281 – 2.

die Einklagung der decem von dem Beweise abhängig ist, daß Titius bis zu dem bestimmten Zeitpunkte nicht nach Italien gekommen sei, oder nicht kommen könne.

In den Worten eine Verneinung, aber der Sache nach mehr eine Bejahung ist überall vorhanden, wo das behauptete Nichtseyn entweder eine Folge positiver Thatsachen ist, oder in solchen, in einem faktischen Zustande zur Erscheinung kommt. — In der Behauptung des Nichtseyns der fraglichen Servitut von Seite des Negatorienklägers liegt die positive Behauptung eines solchen Rechtsverhältnisses zur angeblich dienenden Sache, wodurch die Anmassung des Beklagten ausgeschlossen wird[16]). — Wenn der Erbe einen Theil der voll ausbezahlten Vermächtnisse zur Kompletirung der Falcidischen Quart zurückfordert, so fußt sich seine Behauptung, eine Nichtschuld gezahlt zu haben, auf die positiven Thatsachen, aus welchen er erst nach Berichtigung der Legate erkannt hat, daß die Erbschaft über drei Viertheile beschwert sei. — Wenn der Erbe die zur Berichtigung einer Erbschaftsschuld geleistete Zahlung, nachdem er die bereits vom Erblasser bewirkte Tilgung aus einer neu aufgefundnen Quittung in Erfahrung gebracht, von dem Empfänger zurückfordert, so stützt er sich, indem er das Nichtseyn eines Rechtsgrundes der von ihm entrichteten Zahlung behauptet, auf die positive Thatsache der frühern Erfüllung von Seite des Erblassers. — Wenn der Kommodatar, welcher die geliehene Sache nicht zurückgeben kann, zu seiner Vertheidigung anführt, er sei nicht schuld an dem Verluste, so liegt darin die positive Behauptung eines zufälligen außer seiner Verantwortlichkeit liegenden Verlustes[17]). — Das Vorbringen,

16) Die über die Beweislast bei der Negatorienklage nach gemeinem Rechte bestehende Kontroverse wird in der Darstellung des Civilrechts erörtert. S. übrigens unten §. 14.

17) Weber a. a. O. VI §§. 20 ff.

eine gewiße Person sey nicht gestorben (z. B. bei Einforderung einer auf ihr Leben gestellten Leibrente) enthält die Bejahung der Fortdauer ihres Lebens; überhaupt wird die Verneinung der Aufhebung irgend eines faktischen Zustandes — wenn diese Nichtaufhebung z. B. eines Besitzstandes das Daseyn eines geltend gemachten Rechtes bedingt, in Bezug auf Beweislast als Behauptung der positiven Thatsache der Fortdauer aufgefaßt[18]).

Uebrigens kommen auch diese Vorschriften der Gerichtsordn. nur hülfsweise zur Anwendung; so fern nemlich über die Beweislast bei dem vorliegenden Verhältnisse das Civilrecht nicht eine besondre Bestimmung enthält[19]).

§. 4.

Prozeß bei dem ordentlichen Beweise.

§. 5.

Prozeß bei dem summarischen Beweise.

Das Eigenthümliche des Zeugenbeweises, welcher in der Gerichtsordnung der ordentliche heißt, bestand

18) Heffter a. a. O. S. 279—80; Bethmann-Hollweg Versuche S. 347, welcher bemerkt, daß von faktischen Zuständen nicht gelte, was oben (S. 4 N. 3) von Rechtsverhältnissen gesagt wurde: „Die Fortdauer faktischer Zustände kann aus allgemeinen Gründen nicht präsumirt werden; vielmehr muß, wenn das Recht des Klägers von einem solchen faktischen Zustande abhängig ist, dessen Fortdauer bis zum gegenwärtigen Augenblick dargethan werden, womit indessen nicht behauptet werden soll, daß Präsumtionen ganz ausgeschlossen seyen." (Vgl. z. B. Bayer. Landrecht Th. II Kap. IV §. 5 Nr. 3). „So ist es namentlich mit dem Besitz, wenn er Bedingung der Klage ist, in der Person des Klägers bei possessorischen Klagen, oder in der Person des Beklagten z. B. bei der rei vindic. und actio ad exhibendum."

19) Eine Zusammenstellung spezieller Bestimmungen des römischen Rechts s. bei Weber a. a. O. VI §. 7. — Vgl. unten §. 14.

hauptsächlich in einem der Zeugenbenennung vorhergehenden Zwischenverfahren, in welchem der Produkt über die Wahrheit der in den Beweisartikeln aufgestellten Behauptungen (§. 6 Nr. 1, 3 ff.) eine formelle Erklärung (Responsionen §. 7) abzugeben und sich über die Relevanz der Beweisartikel zu äußern, sodann der Richter über diesen Relevanzpunkt ein appellables Zwischenerkenntniß (Relevanzbescheid §. 8) zu erlassen hatte.

Dieses eigenthümliche Zwischenverfahren ist durch die Prozeßnovelle vom 22. July 1819 §. 11 Antiquität geworden.

Der Zeugenbeweis zeichnet sich heut zu Tage nur durch die Stellung von Beweisartikeln und durch Gestattung von Disputirsätzen aus. Ueber den summarischen Zeugenbeweiß s. unten Kap X §. 3.

§. 6.

Von den Probatorialartikeln.

I. Von der Beweisantretung im Allgemeinen.

Ist durch richterliches Urtheil auf Beweis erkannt, so ist derjenige, welchem der Beweis aufgelegt wurde, bei Strafe der Desertion verbunden, denselben innerhalb des angesetzten Termins (s. unten §. 11) anzutreten[1]), und alle seine Beweismittel[2]) zu benennen, unter dem Rechtsnachtheile, daß er sich derjenigen, welche er anzugeben unterlassen hat, in der Folge nicht mehr bedienen kann[3]).

1) In protokollarisch verhandelten Sachen kann die Beweis- und Gegenbeweisantretung zu Protokoll geschehen. Ges. vom 17. Nov. 1837. §. 40.

2) Auch die eventuelle Eideszuschiebung so wie das Erbieten zum Erfüllungseid gehört hieher. Ges. von 1837. §. 41. S. unten §. 13.

3) Prozeßnovelle von 1819 §. 12.

Mitunter muß die Beweisantretung eine Erläuterung und Zergliederung des Beweissatzes liefern, wenn nemlich dieser mehrfache Auslegung zuläßt, oder die Beweisführung in mehrere Bestandtheile zerfällt.

Eben so gehört zur Beweisantretung die Beantragung der im einzelnen Falle erforderlichen auffergewöhnlichen Prozeßschritte z. B. Einsicht der Lokalitäten von Seite der Zeugen, Edition der Urkunden, Requisition andrer Behörden u. s. w. (Vgl. unten den Schluß des §en).

Bedarf es Erläuterungen, um die Erheblichkeit der Beweismittel zu zeigen, so sind auch diese in der Beweisantretung vorzutragen.

Die präjudizielle Wirkung des Beweistermins erstreckt sich natürlich nicht

a) auf neue Beweismittel und neue Umstände, welche erst nach der Beweisantretung zur Kunde des Beweisführers kommen. Eben so wenig wird

b) die Zulässigkeit andrer Beweismittel für den Fall ausgeschlossen, wenn die vorgeschlagnen Beweismittel nach Ablauf des Beweistermins ganz oder zum Theil verloren gehen [4]). (S. unten §. 13).

Die Beweisantretung ist dem Gegner mitzutheilen und dabei demselben zur Erklärung über dieselbe und, wo nicht blos Eideszuschiebung geschah, zur Antretung des direkten Gegenbeweises (S. unten §. 12) eine Frist, welche jener für den Beweis gleich kommt unter dem Rechtsnachtheile des Ausschlusses anzuberaumen [5]).

4) v. Gönner im Komm. zur Nov. von 1819 S. 173. Ueber Vornahme des Augenscheins in jedem Stadium des Prozesses wird unten zu Kap. XII §. 3, und über jene der Calculation ebendaselbst §. 4. gesprochen werden.

5) Ges. vom 17. Nov. 1837 §. 43. Ueber die Folgen des Ausschlusses mit der Erklärung auf die Beweisantretung kommt das Nähere bei den einzelnen Beweismitteln vor.

Die Vernehmung des Produkten über die Beweisantretung und dessen Aufforderung zum Gegenbeweise sind eben so wesentlich, als die Citation in Vorverfahren. (S. unten Kap. XVI § 2).

Ueberzeugt sich der Richter bei Prüfung der Beweisantretung, daß sie durchaus verfehlt oder daß die vorgeschlagnen Beweismittel unzulässig oder untüchtig seien, so erfolgt die Mittheilung an den Gegner nur zur Nachricht, indem sofort die Verwerfung der mißlungenen Beweisführung ausgesprochen, und damit, wenn sonst nichts mehr in der Sache zu thun ist, das Enderkenntniß verbunden wird. Auch eine blos partielle Unerheblichkeit resp. Untauglichkeit führt zu demselben Resultate, wenn nemlich das Uebrige für sich nicht hinreicht, einen auch nur theilweisen Sieg des Beweisführers zu vermitteln. Außerdem wird nur das Unerhebliche resp. Untaugliche verworfen, und im Uebrigen das Verfahren eingeleitet. Diese Einleitung steht aber einer späteren, auf die Gegenerklärung der andern Parthei erfolgenden Verwerfung eben so wenig im Wege, als die Mittheilung der Klage zur Verhandlung dem künftigen abweisenden Urtheile.

Wie zu verfügen, wenn in der äußern Form oder in Nebendingen der Beweisantretung gefehlt ist — s. unten am Schluße dieses §en.

II. Vom anticipirten Beweise.

An der Stelle der Vorschrift der Gerichtsordn. §. 6 Nr. 2 gelten nun über die Beweisanticipation [6]) die Bestimmungen der §§. 16, 17 der Novelle vom 22. July 1819.

Der §. 16 verordnet:

„Jedem Theile steht frei, nach widersprochener Ge„schichte seiner Klage oder Einrede sogleich und oh-

6) Vgl. Mittermaier im Arch. f. civ. Pr. Bd. I S. 120, 188 ff.

„ne ein Interlocut abzuwarten, statt der Replik „oder Duplik den Beweis anzutreten."

„Hiezu wird aber eine ausdrückliche Erklä„rung desjenigen, welcher den Beweis auf diese „Art antreten will, erfordert, und die bloße An„führung der Urkunden, welche die Partheien bei „den ersten Verhandlungen zur Bestärkung ihrer „Behauptungen vorzubringen pflegen, ist für einen „freiwilligen Antritt des Beweises nicht zu achten."

Sogleich mit der Klage oder Vernehmlassung — über den Grund der ersteren resp. vorgeschützter Einreden — eine freiwillige Beweisantretung zu verbinden, ist im ordentlichen Verfahren nicht statthaft. Von den Fällen eines außerordentlichen Verfahrens, in welchen die Beweisantretung mit Klage oder Einrede verbunden werden muß, ist hier nicht die Rede.

Die Beweisanticipation ist nur da zuläßig, wo der Klagbeantwortung keine Einrede (im technischen Sinne des Worts), der Verneinung der Einrede keine eigentliche Replik beigefügt wurde[7]. Hat der Beklagte Einreden vorgebracht, worüber gleichfalls Beweis zu führen ist, so geht es offenbar nicht an, ihn deßwegen, weil dem Kläger die Beweisanticipation beliebt, nun zu demselben Schritte bezüglich der Einreden zu zwingen. Ein solcher Zwang könnte bei der häufigen Zweifelhaftigkeit des zum Grunde der Einrede Gehörigen arge Verwirrung veranlaßen. — Aber noch weniger ist es zuläßig, über die Klage dem anticipirten Beweis stattzugeben, und bezüglich der Einrede zu interloquiren.

Die Beweisanticipation ist für ganz einfache Fälle bestimmt, deren Entscheidung lediglich von dem Beweise des abgeleugneten Klagegrundes oder dem einer widersprochnen Einrede abhängt. Es darf nach Vernehmlassung resp. Replikhandlung kein Stoff mehr für Replik

7) Vgl. Komment. zur GO. Bd. II S. 236 ff.

resp. Duplik vorhanden seyn; denn nicht mit sondern statt Replik oder Duplik ist die Beweisanticipation gestattet. Wenn diese Platz greift, soll das Vorverfahren gerade so abgeschlossen seyn, als sey dasselbe zum Schlusse gepflogen und durch einen Zwischenbescheid die Gränze gezogen.

Die Abweichung von dem regelmäßigen Verfahren, welche in der Beweisanticipation liegt, soll überall nur dann angenommen werden, wenn der Anticipant den hierauf gerichteten Willen ausdrücklich erklärt hat. Mit dieser ausdrücklichen Willenserklärung kann entweder die freywillige Beweisantretung selbst oder vor der Hand ein Gesuch um Bewilligung einer weiteren Frist zur Beweisantretung verbunden werden. —

Die Schlußstelle des §. 16 hatte eine Kontroverse über die Frage veranlaßt, ob nicht durch dieselbe die Vorschriften der Gerichtsordn. Kap. IV §. 12 und Kap. XI §. 5 Nr. 1, und §. 7 Nr. 1, welche den Partheien die Beilegung der in Bezug genommenen Urkunden, und die alsbaldige Erklärung auf die vom Gegner vorgelegten zur Pflicht machen [8]), außer Wirkung gesetzt seien. Das Gesetz vom 17. Nov. 1837 hat nun in §. 50 diese Kontroverse dahin entschieden, daß die angeführten Vorschriften der Gerichtsordn. nicht aufgehoben seien. Aber die demgemäß geschehende Urkundenbeilegung gilt nicht als Beweisanticipation; es wird darum nicht das Vorverfahren als geschloßen und das Beweisverfahren als eingeleitet angenommen. —

Fehlt es überhaupt an den Voraussetzungen der Beweisanticipation oder an der ausdrücklichen Erklärung des sie faktisch Versuchenden, so bleibt dieser Versuch unbeachtet, die Sache wird im Vorverfahren zum Schluße verhandelt und darauf das geeignete Interlocut erlassen [9]).

8) Komment. zur GO. Bd. II S. 163, 244 ff.

9) Bl. f. RA. Bd. I S. 276.

Sind aber die Voraussetzungen, einschlüssig der ausdrücklichen Erklärung vorhanden, so hat die anticipirte Beweisantretung nach Vorschrift des angef. §. 17:

„die rechtlichen Folgen eines durch Urtheil auf„erlegten Beweises; sie wird dem Gegentheil mit „Ansetzung eines Termines von dreissig Tagen zu„gefertigt, innerhalb dessen er nebst demjenigen, was „ihm nach dem vom Beweisführer gewählten Be„weismittel obliegt, auch den Gegenbeweis unter „dem im §. 12 bestimmten Rechtsnachtheil antreten „muß. Nach geschloßnem Beweisverfahren wird, „wie bei dem auferlegten Beweise, entschieden, da„her darf niemals auf Beibringung eines besseren „Beweises erkannt werden."

Da es so angesehen wird, als ob dem Anticipanten der Beweis auferlegt worden sei, so trifft ihn die Beweislast, gleichviel, ob etwa nach Lage der Sache sein Gegner damit zu beschweren gewesen wäre. Der Beweis*termin* gilt als abgelaufen, und Beweis*mittel*, welche die freiwillige Beweisantretung nicht mit umfaßt hat, sind präkludirt.

Was ist aber Rechtens, wenn der Anticipant den richtigen Beweissatz nicht oder nicht vollständig getroffen hat, wenn relevante Thatumstände in der Beweisantretung nicht berührt, irrelevante eingemischt wurden, wenn etwa nur unerhebliche Thatsachen bewiesen werden wollen? — Nach dem Buchstaben der gesetzlichen Vorschrift:

„Diese Beweisantretung hat die rechtlichen Folgen „eines durch Urtheil auferlegten Beweises"

müßte man annehmen, es sey zu fingiren, daß durch rechtskräftiges Interlokut der Beweis über diejenigen Thatsachen aufgelegt worden, auf welche die anticipirte Beweisantretung gerichtet ist, diese Thatsachen mögen dem rich-

tigen Beweissatze gemäß seyn, oder nicht. — Nach dieser Auslegung würde es ganz in dem Belieben des Anticipanten liegen, den Ausgang des Prozeßes von dem leicht zu erbringenden Beweise irgend einer aktenmäßigen oder auch einer nicht aktenmäßigen Thatsache abhängig zu machen. —

Das wäre nun baarer Unsinn, und einen solchen darf man doch, wenn er auch zu den Worten paßt, dem Gesetzgeber nicht unterschieben. — Aber eben so wenig ist Gönner's[10]) Lehre zu billigen, welcher den Anticipanten, wenn er den richtigen Beweissatz nicht trifft oder nicht erschöpft, für Beweisfällig erklärt. Sollte diese Lehre die richtige seyn, so müßte es im Gesetze heißen:

„Diese Beweisantretung hat die rechtlichen Folgen
„eines „über den richtigen Beweissatz"
„auferlegten Beweises.

Dagegen entspricht Stürzer's[11]) Ansicht der Natur der Sache und der Billigkeit. Ihr zufolge ist eine den richtigen Beweissatz verfehlende oder nicht erschöpfende Beweisanticipation als nicht geschehen zu betrachten, und in solchem Falle zu verfahren, als ob es an den Voraussetzungen der Beweisanticipation fehle. Da man einmal bei dem Wortlaute des Gesetzes nicht stehen bleiben kann, ohne die ärgste Ungereimtheit zur Rechtsnorm zu machen, so ist der Ausweg, welcher es bei der Regel des Verfahrens bewenden läßt, offenbar der natürlichste. Gönner's für den Anticipanten so harte Lehre hat noch dagegen sich, daß sie Jedermann von der Benutzung dieses Mittels der Prozeßabkürzung abschrecken und so den Zweck des Gesetzes vereiteln würde. — Hat der Anticipant den richtigen Beweissatz vollständig getroffen, und nur Ungehöriges beigemischt, so wird nur letzteres ausgeschieden

10) Komment. zur Nov. von 1819. S. 226 ff.
11) Civilgerichtsverfahren S. 610 ff.

und zurückgewiesen, im Uebrigen nach Vorschrift des §. 17 verfahren.

III. Von den Beweisartikeln.

Der Beweis durch Zeugen wird durch die Benennung der Zeugen mit Beweisartikeln und der Bezeichnung, über welchen jeder Zeuge zu vernehmen sey, angetreten. (Ges. vom 22. Juli 1819 §. 13 Abs. 2).

Die Beweisartikel sollen lediglich aus der wiedersprochenen Geschichte[12]) gezogen werden. (Gerichtsordn. IX §. 6 Nr. 5). Bei dem auferlegten Beweise gibt der Beweissatz Ziel und Maß darüber, auf welche Thatumstände der widersprochnen Geschichte die Artikel zu richten seyen. In diesen werden die einzelnen im Beweissatze zusammengefaßten Merkmale der zu beweisenden Thatsache zergliedert, und ein jeder dieser Bestandtheile kann den Stoff zu einem besondern Artikel geben. Abgesehen von dem Falle, wenn die Wahrheit des Beweissatzes künstlich, d. h. durch Schlußfolgerungen geführt werden will, dürfen die Artikel keine Thatsachen enthalten, welche in den bisherigen Verhandlungen noch nicht vorgekommen; es geht nicht an, in den Beweisartikeln einen neuen oder verbesserten Klagegrund oder neue Vertheidigungsbehelfe einzuschwärzen. Damit ist es aber nicht ausgeschlossen, die Artikel auf bisher unerwähnte Nebenumstände zu stellen, um dadurch die Erinnerung der Zeugen zu beleben.

Die Gerichtsordn. a. a. O. verordnet, daß die Beweisartikel soviel möglich kurz, deutlich, bündig und umständlich mit dem Worte „Ja und Wahr" abgefaßt werden.

Das Erforderniß der Kürze bringt es mit sich, daß

12) Vgl. hierüber Gönner im Komment. zur Nov. von 1819 S. 165 – 6.

jeder Artikel nur einen Thatumstand enthält. Damit ist aber natürlich das Auseinanderreißen einzelner Merkmale, welche nur in ihrer Zusammenfassung bedeutsam sind, keineswegs gemeint. Handelt es sich z. B. von dem Beweise eines Kaufgeschäftes, so sind Bezeichnung der Sache und Angabe des Kaufpreises unbedenklich in einen Artikel zusammenzufassen.

Um dem Erfordernisse der Deutlichkeit zu entsprechen, ist überall auf die Fassungskraft des Zeugen Rücksicht zu nehmen, und z. B. die Einmischung von technischen Ausdrücken zu vermeiden, welche demselben nicht geläufig sind.

Bündig ist ein Artikel, wenn er wenigstens mittelbar dazu dient, die Aufgabe der Beweisführung zu lösen.

Indem die Artikel umständlich sind d. h. alle Umstände des in Frage befindlichen Sachverhältnisses und der Wahrnehmung des Zeugen erörtern, geben sie die Mittel, den Werth der Aussage zu prüfen, an die Hand. Die Artikel, welche Darlegung des Grundes und der Art der Wissenschaft bezwecken, machen den Anfang. Die übrigen werden nach ihrem innern Zusammenhange und nach der Zeitfolge der Thatsachen aneinandergereiht. Sämmtliche Artikel werden mit fortlaufenden Nummern bezeichnet.

Wenn etwa in der Form der Beweisantretung gefehlt z. B. der Zeugenbeweis nicht förmlich durch Artikel angetreten, oder wenn bei einzelnen Artikeln die darüber zu vernehmenden Zeugen nicht speziell bezeichnet wurden, so hat dieß nicht die Desertion sondern nur eine Auflage der Verbesserung zur Folge[13]).

13) Erk. des AG. für den vormal. Rezatkreis vom 19. Dec. 1821 (Nr. 82 $^{21}/_{22}$); vom 8. Nov. 1822 (Nr. 627 $^{21}/_{22}$). Der Satz „Paria sunt, non fieri, aut non plene et legitime fieri“ gilt nicht für Verstoße gegen das, was nur die „äußerliche Form“ der Prozeßhandlungen ausmacht. Dahin ge-

§. 7.

Von den responsionibus auf die Probatorialartikel.

§. 8.

Wie das punctum relevantiae articulorum zu verhandeln sey.

Diese beiden §§. sind durch die Bemerkung zu §. 4 und 5 oben bereits erledigt.

§. 9.

Von der Producirung der Zeugen und Originaldokumente, dann Vornahme des Augenscheins.

Von der Producirung der Zeugen s. unten Kap. X §. 6, 9 und 16; von jener der Originaldokumente Kap. XI §. 5, von der Vornahme des Augenscheines Kap. XII §. 3.

§. 10.

Von den Schriften und Disputationssätzen.

S. unten Kap. X §. 18.

§. 11.

Von terminis probatoriis, dann der Exhibition und Insinuation bei dem ordentlichen Beweise [1]).

Für die Fristen im Beweisverfahren gilt alles dasjenige, was oben zu Kap. VI §. 16 von den Terminen und Fristen im Allgemeinen bemerkt worden ist, und eben

hört es z. B. auch, wenn bei Urkunden in ausländischen Sprachen die Beilegung der Uebersetzung versäumt wird; (vgl. GO. IV §. 10 Nr. 5). Bl. f. RA. Bd. VII S. 124.

1) Die Vorschriften dieses §en der GO. betreffen blos den ordentlichen Zeugenbeweis (s. oben §. 2). — Unser Kommentar behandelt aber die Lehre von den Fristen im Beweisverfahren ohne Unterschied der Beweismittel.

so rücksichtlich der Uebergabe und Insinuation der Schriften im Beweisverfahren das in Betreff der Uebergabe und Insinuation der Prozeßschriften überhaupt zu Kap. VI §. 15 Vorgetragene. — Die peremtorische Eigenschaft der im Interlokute vorgesteckten Beweisfrist, ist durch ausdrückliche Androhung des gesetzlichen Präjudizes nicht bedingt. Dasselbe gilt in Ansehung der übrigen im Beweisverfahren vorkommenden Fristen und Termine; wo nicht eine besondre Gesetzvorschrift (wie z. B. der §. 43 der Nov. von 1837) die Androhung des Rechtsnachtheils vorschreibt[2]). Die Fristen betragen im gewöhnlichen Verfahren 30 Tage, im beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhör 8 Tage, ausnahmsweise mehr, jedoch nie über 14 Tage[3]). In appellablen Sachen, die zu diesem Verfahren sich eignen, darf die vom Richter vorzusteckende Frist nie unter 14 Tage betragen[4]).

In anderen summarisch zu verhandelnden Sachen (s. oben §. 2 II Nr. 3) pflegt man die Fristen im Laufe des Beweisverfahrens gleichfalls auf vierzehn Tage abzukürzen.

Die Frist zur Antretung des Beweises läuft vom Tage der Verkündung resp. der schriftlichen Zufertigung des Beweisinterlokuts (s. unten Kap XIV §. 8), nicht

2) Vgl. Komment. Bd. II S. 269 — 70 mit S. 221 — 2 und S. 224. Ist das Präjudiz im Gesetze nicht bestimmt, sondern dem richterlichen Ermessen überlassen, so darf natürlich die Androhung nicht fehlen.

3) Gesetz vom 17. Nov. 1837 §. 12.

4) Bl. für RA. Bd. V S. 56. Anderer Meinung ist Moritz Real-Kommentar S. 872 — 874; allein die hier als Auskunftsmittel vorgeschlagene Anmeldung der Berufung innerhalb 8 Tagen ist, wie Moritz selbst anerkennt, dem Gesetze fremd, und eben so fremd ist demselben die von Moritz für diesen Fall statuirte Eincngung des Berufungs-Fatale von 14 auf 8 Tage.

erst von dem Eintritt der Rechtskraft desselben [5]). Wenn jedoch der beweispflichtige Theil gegen das Beweisinterlokut [6]) die Berufung ergriffen hat, so bleibt der Beweistermin bis zur Verkündung resp. Mittheilung des Erkenntnisses zweiter und bei ergriffener Revision bis zur Mittheilung des Erkenntnisses dritter Instanz suspendirt, und fängt erst von da an zu laufen [7]).

Man streitet darüber, ob die Beweisfrist auch durch ein vom Gegner des Beweispflichtigen ergriffenes Rechtsmittel suspendirt werde. Gegen die Praxis des obersten Gerichtshofs spricht für die Bejahung, daß auch in diesem Falle Rechtskraft und Vollzug des Interlokuts gehemmt sind, und das Verfahren erster Instanz zur Zeit nicht fortschreiten kann [8]).

Finden sich in dem Interlokute neben der Beweisauflage richterliche Auflagen über präjudizielle und vorbereitende Punkte ohne Bestimmung darüber, ob deren Erfüllung der Beweisantretung vorherzugehen habe, so wird dadurch, wenn die Erfüllung dem Beweispflichtigen selbst obliegt, der Lauf des Beweistermins nicht suspendirt. Liegt dieselbe aber seinem Gegner ob, so beginnt der Lauf der

5) Gesterding im Arch. für civ. Praxis Bd. V S. 252 und in dessen Ausbeute aus Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. Bd. IV Abth. 2. S. 169.

6) D. h. gegen die eine Beweisauflage enthaltenden Verfügungen. Enthält das Erkenntniß zugleich definitive Entscheidungen einzelner Streitpunkte und die Berufung wird blos über diese ergriffen, so tritt die Suspension der Beweisfrist kraft des Gesetzes nicht ein; es ist vielmehr in solchem Falle die Beweisantretung innerhalb der vorgesteckten Frist zu bewerkstelligen, oder die Suspendirung bis zur Verkündung des oberrichterlichen Erkenntnisses über die Beschwerdepunkte durch ein Fristgesuch zu bewirken.

7) GO. XV §. 6 Nr. 6. Natürlich ist hierbei vorausgesetzt, daß die Berufung rechtzeitig ergriffen worden; eine deserte Berufung kann den Ablauf der Beweisfrist nicht unschädlich machen.

8) Bl. für RA. Bd. III S. 154. vgl. mit Bd. VII S. 177.

der Beweisfrist erst mit Zustellung des richterlichen Decretes, welches den Beweispflichtigen von der geschehenen Erfüllung in Kenntniß setzt [9]). Aber auch in diesem Falle ist — aus Rücksicht auf mögliche Verschiedenheit der Ansichten — Nachsuchung der Offenhaltung der Frist anzurathen.

Wird in der Beweisantretung erklärt, sich gewisse Nachträge vorzubehalten, so kann dies den präklusiven Ablauf der Beweisfrist, hinsichtlich der nachzutragenden Behelfe, nicht hemmen. Vielmehr kann eine solche Offenhaltung nur durch Fristgesuche nach den zu Kap. VI §. 16 Nr. VI vorgetragnen Grundsätzen erwirkt werden.

Veränderungen der Benutzungsart vorgeschlagener Beweismittel nachzutragen, ist nur in Nebendingen zuläßig; wenn es sich blos davon handelt, daß ein Zeuge, welcher nur für die auf die Hauptumstände gestellten Artikel bezeichnet war, auch über andere Artikel in Betreff von Nebenumständen vernommen werden soll; oder wenn einzelne Artikel in Angaben von Zeit, Ort oder Zahl berichtigt werden sollen, sofern diese Angaben kein wesentliches Merkmal der Beweisführung ausmachen. Dagegen geht es nicht an, die Zeugenbenennung nachträglich in der Art zu verändern, daß den Thatsachen, über welche ein Zeuge nach der Beweisantretung vernommen werden sollte, nun wesentlich davon verschiedene substituirt oder beigefügt werden [10]). Eine solche Veränderung kann nur unter der Voraussetzung zugelassen werden, daß ein entschuldbarer Irrthum oder sonstiger Entschuldigungsgrund wahrscheinlich gemacht ist.

Der Ablauf der Beweisfrist schließt die Verzichtleistung auf einzelne vorgeschlagene Beweismittel nicht aus, das Nähere hierüber wird rücksichtlich des Zeugenbe-

9) Bayer zu Martin §. 183.

10) Martin Lehrbuch §. 183 Not. V.

weises unten zu Kap. X §. 9, rücksichtlich der Urkunden zu Kap. XI §. 5, rücksichtlich der Eidesdelation zu Kap. XIII §. 2 vorgetragen werden.

§. 12.

Vom Gegenbeweise [1]).

I.

Der (direkte oder eigentliche) Gegenbeweis bezweckt, das Gelingen des Hauptbeweises zu verhindern; entweder

a) durch direkte Nachweisung der Nichtwahrheit des Beweissatzes, oder

b) durch Nachweisung von Thatsachen, deren Seyn die Wahrheit der im Hauptbeweise zu erprobenden Behauptung ausschließt (s. g. künstlicher Gegenbeweis), oder

c) durch Aufstellung und Nachweisung von Beweiseinreden d. h. von Thatsachen, welche die Tauglichkeit der zum Hauptbeweise vorgeschlagnen Beweismittel aufheben oder mindern.

Vom direkten Gegenbeweise gelten folgende Grundsätze:

1) Derselbe braucht von dem Richter in dem Erkenntnisse weder auferlegt noch vorbehalten zu werden, sondern es ist nur mit der Mittheilung des Beweises dem Gegentheil zur Antretung des Gegenbeweises eine Frist, welche jener für den Beweis gleich kommt, unter dem Rechtsnachtheile des Ausschlusses anzuberaumen [2]).

Eine richterliche Auflage des direkten Gegenbeweises hat ausnahmsweise in dem Falle statt, wenn im Vorverfahren der Hauptbeweis z. B. durch eine anerkannte Urkunde bereits geliefert ist, gleichwohl aber die Unwahr-

1) Mittermaier im Archiv f. civ. Praxis Bd. VI S. 342 ff. Linde Abhandl. aus dem Civilprozesse Bd. I S. 49.

2) Ges. v. 17. November 1837.

heit des bewiesenen Vorbringens behauptet wird. (Vgl. übr. Kap. XI §. 8 Nr. 5).

2) Die Zuläßigkeit des (direkten) Gegenbeweises hängt nicht davon ab, daß die Thatsachen, auf deren Erprobung er gerichtet wird, schon im Vorverfahren angeführt wurden [3]).

3) Da das Beweisthema für den Hauptbeweis und den eigentlichen Gegenbeweis in dem mit lit. a bezeichneten Falle dasselbe ist, nur in kontradiktorisch entgegengesetzter Form, so ist hier gegen den Gegenbeweis ein weiterer Gegenbeweis nicht zuläßig, indem außerdem der Beweisführer Gelegenheit hätte, nach bereits abgelaufener Beweisfrist neue, sohin präkludirte Beweismittel für den ihm obliegenden Beweis nachzutragen. In den Fällen lit. b und c fällt dieser Grund weg; für diese findet daher der Satz: reprobatio reprobationis non datur keine Anwendung [4]). S. jedoch Kap. X §. 1 Nr. 3.

4) Im Falle lit. a des eigentlichen Gegenbeweises ist die Delation des Haupteides ausgeschlossen. Denn wenn der Hauptbeweis vollständig geliefert ist, so darf der Produzent mit keinem Eide mehr belästigt werden; ist er gänzlich mißlungen, so bedarf es keinen Gegenbeweises, und ist er unvollständig ausgefallen, so kommt es entweder zum Erfüllungs- oder zum Reinigungseid.

In den Fällen lit. b und c hingegen ist die Eidesdelation zur Führung des Gegenbeweises nicht ausgeschlossen [5]).

II.

Alle diese Eigenthümlichkeiten kommen bei dem s. g.

3) Kommentar Bd. II S. 243.

4) Bayer zu Martin §. 127, 135, 136. Wohlfarth, über den Satz: reprobatio reprobationis non datur. München 1826.

5) Heyer Abhandlungen Nr. VI.

indirekten Gegenbeweis d. h. dem Beweis der Einreden gegen die Klagen, der Repliken gegen die Einreden, der Dupliken gegen die Repliken u. s. w. nicht vor.

Dieser Beweis wird wie der Beweis der Klage (abgesehen vom Falle der Anticipation des Beweises einer Einrede) vom Richter aufgelegt [6]), und dafür nach der Eventualmaxime derselbe Beweistermin vorgesteckt, welchen das Interlokut für den Vorbeweis bestimmt, jedoch unter Ausdrückung des Verhältnisses der Eventualität, in welchem Jener zu diesem steht [7]).

III.

Ueber die Form der Antretung des (direkten und indirekten) Gegenbeweises und die weiteren Verhandlungen gilt dasselbe, was über die Verhandlung des Hauptbeweises zur Richtschnur dient. S. jedoch Kap. X §. 1 Nr. 3. Ueber die Befugniß des Produkten, sich der Beweismittel des Produzenten zum Zwecke des Gegenbeweises zu bedienen, wird das Nähere zu Kap. X §. 9 und Kap. XI §. 5, über die Würdigung des Resultates der beiderseitigen Beweise zu Kap. IX §. 20, Kap XI §. 10 und 11, Kap. XIII §. 3, Kap. XIV §. 1 vorgetragen werden.

6) Der Umstand, daß die GO. im §. 12 den direkten und indirekten Gegenbeweis zusammenfaßt, hat zu der unrichtigen Ansicht Anlaß gegeben, es sey nicht erforderlich, den Beweis der Einreden, Repliken u. s. w. im Beweiserkenntnisse aufzulegen; vielmehr verstehe sich der Vorbehalt des direkten sowohl als indirekten Gegenbeweises von selbst. — Die Verwerfung dieser Ansicht findet sich im §. 43 der Nov. von 1837. — S. übrigens Bl. f. RA. Bd. III S. 394.

7) Bl. f. RA. Bd. II S. 405, wo gezeigt ist, daß gedachtes Verhältniß der Eventualität eine Modifikation erleidet, wenn der Vorbeweis nicht den Anspruch überhaupt bedingt, sondern etwa nur auf die Festsetzung des Betrages Einfluß hat, wo-

§. 13.

Beschleunigung des Beweises und Gegenbeweises.

In diesem Sen ist

1) bestimmt: „sowohl der Beweis als Gegenbeweis soll auf alle mögliche Weise beschleuniget und den Theilen kein ungebührlicher Aufzug gestattet werden.“ Hierin ist nur eine allgemeine Instruktion, keine Rechtsnorm ausgesprochen. —

Es soll

2) „über den vollendeten Beweis oder Gegenbeweis kein weiterer Beweis oder Gegenbeweis andergestalt, als per evidentiam facti, oder per juramentum litis decisorium, suppletorium vel purgatorium, oder ex capite novorum mehr zugelassen werden.“

Nach der neueren Gesetzgebung (Prozeßgesetz vom 22. July 1819 §. 11, Gesetz vom 17. Nov. 1837 §. 41) muß auch die Eideszuschiebung so wie das Erbieten zum Erfüllungseide vorsorglich (eventuell) mit der Beweisantretung geschehen[1]). —

Wird die nachträgliche Zulassung von weiteren Beweismitteln auf den Grund neuerlicher Auffindung beantragt, so muß diese Bedingung, wenn über ihr Vorhandenseyn Zweifel obwaltet, durch den Noveneid oder in anderer Art dargethan werden. (Vgl. übrigens Kap. XVI §. 1 Nr. 11).

Außer dem Falle der neuen Auffindung ist eine Nachtragung von Beweismitteln auch da zuläßig, wo die mit der Beweisantretung in Vorschlag gebrachten oder hingegen durch die Einrede, welche der Gegner beweisen soll, die Forderung ganz und gar entkräftet werden will.

1) Diese Vorschrift bezieht sich auch auf den anticipirten Beweis und auf den Gegenbeweis, insoweit hier diese Beweismittel zulässig sind.

eines derselben vor der Benützung zu Verlust gegangen. Der Beweisführer hat darüber dem Gerichte glaubhafte Anzeige zu machen (Kap. XI §. 12), und entweder den Vorschlag der zu surrogirenden Beweismittel sogleich damit zu verbinden oder um eine Frist zu diesem nachträglichen Vorschlage nachzusuchen. Für diese Anzeige findet sich im Gesetze keine Zeitbeschränkung; natürlich muß sie wenigstens dann Platz greifen, wenn es an der Zeit gewesen wäre, das verlorene Beweismittel zu benützen. — Auch in Art und Zahl der zu substituirenden Beweismittel ist der Beweisführer nicht beschränkt.

3) In der Schlußstelle des §. 13 sagt die Gerichtsordnung. „Man soll keinen Theil an dem, was zu gründlicher Erforschung der Wahrheit und genüglicher Ausführung seines Rechtes erforderlich ist, allzusehr einschränken, und ihn an seinen vermeintlichen Behelfen und Probemitteln zu verkürzen suchen."

Demzufolge ist im Zweifelsfalle, wenn sich die Gründe für und wider eine der Beweisführung günstige Verfügung die Wage halten, der Ausschlag für dieselbe zu geben.

§. 14.

Was bei jeder Sache zu beweisen sey.

„Was bei jeder Sache insbesondere zu beweisen sey, „lässet sich wegen allzugroßer Menge der verschiedenen „Fälle hier nicht beschreiben, sondern muß sich aus der „Beschaffenheit der Sache selbst, und den hiebei vorkommenden Umständen ergeben."

Indessen scheint uns angemessen, die besondern Grundsätze über einige der gangbarsten Fälle der Verbindlichkeit zur Beweisführung an diesem Orte vorzutragen.

I. Beweis der Rechtsgeschäfte.

Wer eine Klage oder Einrede auf das Daseyn eines Rechtsgeschäftes gründet, muß im Falle des von seinem

Gegner erklärten Widerspruchs [1]) beweisen, daß dasselbe in der Art, wie er es behauptet, errichtet worden sey. Diesen Beweis muß er auch alsdann führen, wenn der Gegner seinen Widerspruch durch das Vorbringen kundgiebt, das behauptete Geschäft sey zwar eingegangen worden, aber unter einer aufschiebenden [2]) Bedingung oder Zeitbestimmung, oder über einen andern oder dem Umfange nach verschiedenen Gegenstand [3]): in welchem Fal-

1) Vgl. §. 19 und 21 der Novelle vom 17. Nov. 1837, und oben Komm. zu §. 3, I.

2) Behauptet der Gegner, daß das geltendgemachte Recht Kraft der Existenz einer Resolutivbedingung oder eines dies ad quem schon wieder erloschen sey, so befindet er sich auf dem Boden der wahren Einrede, und muß nun seinerseits den Beweis übernehmen.

3) Hiebei wird aber ein besonderer Beweis der Negative, daß nemlich die fragliche Bedingung oder Zeitbestimmung nicht verabredet, oder daß das Geschäft nicht in der vom Gegner angegebnen Art geschlossen worden, keineswegs erfordert. Es genügt, wenn das Daseyn der positiven Thatsachen bewiesen wird, auf welche die Klage oder Einrede sich gründet. — In einem geführten Bejahungsbeweis ist ein daneben zu führender Verneinungsbeweis indirekt enthalten, wenn das Faktum, dessen Seyn bewiesen werden soll, und dasjenige, dessen Nichtseyn bewiesen werden soll, sich gegenseitig ausschließen. Wenn ich nachweise, daß eine Willenshandlung z. B. ein Vertrag gerade so eingegangen worden, so beweise ich dadurch zugleich, daß nichts Anderes dabei vorgekommen sey; denn jede Willenshandlung, jeder Vertrag können nur einen bestimmten Inhalt haben; die Thatsache dieses einen bestimmten Inhalts schließt jede andre mögliche Vertragsbestimmung aus. Muß ich nun als gewiß annehmen, daß gerade dies oder jenes geschehen oder verabredet worden sey, so ist es für mich auch ausgemacht, daß hier nichts Anderes oder Weiteres geschah oder verabredet wurde. Demzufolge ist das Nichtseyn der Bedingtheit oder Vertagung eines Rechtsverhältnisses gehörig nachgewiesen, wenn

le es sodann dem Gegner vorbehalten bleibt, das erwähnte Anführen auf dem Wege des Gegenbeweises zu erproben.

Der obliegende Beweis eines in Frage stehenden Rechtsgeschäftes muß das Daseyn aller gesetzlich wesentlichen und der etwa behaupteten zufälligen Merkmale des Willensaktes und nebstdem die gehörige Beobachtung der formellen Erfordernisse vor Augen legen. — Hat nun der Gegner behauptet, daß der Willensakt, wenn gleich äusserlich fehlerfrei, und als ernstlich gemeint und vollständig erscheinend, doch wegen Unfähigkeit des Urhebers, oder in Mitte liegenden Zwanges, Betruges oder Irrthums nicht oder nicht vollkommen wirksam, oder nur ein Scheingeschäft oder eine Aeusserung des Scherzes oder noch unvollendet gewesen sey; so ist es seine Sache, hievon den Richter durch Führung des Einredebeweises zu überzeugen [4]). Gleichfalls trifft den Gegner die Beweislast, wenn er behauptet, daß die der äussern Erscheinung nach beobachtete Form einen in derselben nicht her-

die Entstehungshandlung dieses Rechtsverhältnisses dargethan ist, und dabei von einer Bedingung oder einem dies nichts vorkommt. Denn die stipulatio pura und die stipulatio sub die vel conditione schließen sich gegenseitig aus, und sind demnach solche Thatsachen nachgewiesen, nach welcher die in Frage stehende Willenshandlung den Inhalt einer stipulatio pura hatte, so ist auch der Verneinungsbeweis, daß sie den Inhalt einer stipulatio sub die vel conditione nicht hatte, zugleich mitgestellt. — Der Beweissatz ist in solchen Fällen gerade so zu fassen, als ob der Gegner ohne Beisatz widersprochen hätte. — Vergl. Seuffert gesammelte rechtsw. Abh. S. 57—9; v. d. Pfordten in den Bl. f. RA. Bd. III S. 358—61, welcher es für zulässig hält, im Beweissatze das Wort „unbedingt" beizufügen.

4) Fr. 5 pr. fr. 18 §. 1 de probat. (22, 3); Const. 6 de dolo (2, 21); fr. 25 qui testam. fac. possunt (28, 1); C. 16 X de praesumt. (2, 23); cap. 3 X de success. ab intest. (3, 27).

vortretenden Mangel gehabt habe [5]). — Wer übrigens ein bereits vollzogenes Geschäft wegen irgend eines Mangels anficht, muß in jedem Falle das Daseyn desselben nachweisen [6]).

II. S. g. exceptio non rite impleti contractus [7]).

Folgende Fälle sind zu unterscheiden:

1) Der Kläger war zu mehrern von einander verschiednen Leistungen oder zur Entrichtung einer Quantität verbunden; hier muß er im Leugnungsfalle beweisen, daß er vollständig erfüllt habe [8]).

2) Verweigert der Beklagte die Annahme der den Vertragsgegenstand bildenden Species und folgeweise die Gegenleistung wegen eines besondern Fehlers der Sache oder wegen Mangels der angerühmten Eigenschaften, so liegt ihm der Beweis des Weigerungsgrundes ob [9]).

3) Findet aber von Seite des Beklagten aus solchem Grunde Weigerung der Annahme und Bezahlung einer vom Kläger angebotenen Gattungsleistung statt [10]), so

5) Fr. 5 §. 1 de probat.; Const. 11 eodem (4, 19).

6) Borst über die Beweislast S. 116 und §. 75.

7) Mühlenbruch Entwurf des Civilproc. S. 164—5; Borst über die Beweislast S. 126; v. d. Pfordten in den Bl. f. RA. Bd. III S. 92—3 und die dort alleg. Vgl. Bl. für RA. Bd. I S. 397.

8) Fr. 22 de her. vel act. vend. (18, 4); fr. 13 §. 8 de act. emt. vend. (19, 1); fr. 31 §. 8 de aed. edicto (21, 1); fr. 31 §. 1 de reb. cred. (12, 1).

9) Die Richtigkeit dieses Satzes ergiebt sich aus der Erwägung, daß dem Kläger, zur Begründung der Klage, nur obliegt, die versprochene Species abzuliefern. Vgl. v. d. Pfordten a. a. O.

10) Weigerung der Annahme ist es auch, wenn die zugesandten Waaren alsbald nach dem Empfange wieder zur Verfügung

muß der Kläger beweisen, daß er die ihm obliegende Leistung gerade so, wie es nach dem Vertrage geschehen soll, und fehlerfrei angeboten habe.

4) Sollte das von dem Kläger zu Leistende nach Inhalt des Vertrages von einer besondern Qualität seyn, oder speziell bestimmte Eigenschaften haben, und der Beklagte hat die Leistung angenommen, so ist die Behauptung, daß sie in Ansehung der Qualität oder der bedungenen Eigenschaften mangelhaft gewesen, von ihm zu erweisen [11]). — Eben so trifft den Beklagten die Beweislast, wenn er behauptet, daß die von ihm angenommene Leistung oder Sache mit gewissen Fehlern behaftet war [12]), oder daß Kläger positiv gegen das Vertragsgesetz gehandelt habe [13]).

des Absenders gestellt werden. — Wenn der Empfänger die Waaren beim Empfange sogleich untersucht, und die entdeckten Mängel dem Absender sofort anzeigt, so ist die Sache noch in der Lage, als wenn die Erfüllung noch nicht geschehen wäre, und es liegt nun dem Gegner ob, zu beweisen, daß er sie ganz in der Art angeboten habe, wie er sie schuldig war. Hat hingegen der Empfänger entweder jene alsbaldige Untersuchung versäumt, oder doch zu dem Befunde stillgeschwiegen, so scheint er hierdurch die empfangene Leistung als richtig und gehörig anzuerkennen und muß nun später, wenn er demungeachtet die Fehlerhaftigkeit behauptet, diese Vermuthung durch den Beweis des Gegentheils entkräften. Vgl. Seuffert Beitr. zur Gesetzgebung S. 111.

11) Borst a. a. O.; Mühlenbruch a. a. O.; Thibaut PandR. §. 169 (ed. VIII, 472); Weber von der Verbindl. zur Beweisf. ed. II S. 185.

12) Weber und Thibaut a. a. O.

13) Vgl. fr. 25 de act. emt. vend. (19, 1). Z. B. bei einer zum ausschließenden Betriebe eines Gewerbs geschloßnen Societät die Behauptung, der klagende Gesellschafter habe die fraglichen Geschäfte auch mit andern betrieben.

III. Beweis des Verschuldens [14]).

Hat Jemand ausser Obligationsverhältnissen eine Rechtsverletzung erlitten, und will nun den Ersatz des zugefügten Schadens von einem Andern begehren, so muß er gegen diesen den Beweis des s. g. Aquilischen Verschuldens übernehmen.

Besteht aber die Beschädigung in der Nichtleistung oder auf irgend eine Weise unvollkommnen Leistung desjenigen, was aus einer Obligation geschuldet war, so gehört es zum Grund der Einrede, daß der erfolgte Schaden des Berechtigten dem Verbundnen nicht zugerechnet werden könne. Nicht Jener hat zu beweisen, daß diesem ein Verschulden zur Last falle; sondern dieser, der Verpflichtete, muß seinerseits darthun, daß er frei von Verschulden sey, daß er den ganzen Umfang seiner Obliegenheiten erfüllt habe, und darum für den eingetretnen Schaden nicht verantwortlich seyn könne [15]). — Wenn nun auch der Berechtigte in seiner Klagschrift (ungeschickterweise) behauptet, dem Beklagten falle ein imputables Verschulden zur Last, so kann man deßwegen die Beweislast ihm nicht aufbürden, und seinen Gegner davon befreien; denn nur das, was zum Grunde der Klage auf Erfüllung der Obligation gehört, ist er schuldig zu beweisen [16]). Kann der Beklagte der bewiesenen

14) Weber a. a. O. §§. 20 ff.; Borst a. a. O. §. 81; Seuffert Erört. einz. Lehren des röm. Pr. R. Abth. I S. 117 ff.

15) Fr. 1 §. 13 de magistr. conv. (27, 8); fr. 11 de probat. (22, 3). — Vgl. fr. 27 §. 2 mandat. (17, 1); fr. 3 §. 1 commod. (13, 6); fr. 11 de peric. et commod. (18, 6); Const. 5 de pign. act. (4, 24).

16) Gewöhnlich wird sogleich das Interesse verlangt, weil der Kläger weiß, daß der geschuldete Gegenstand selbst nicht mehr geleistet werden kann. Aber dieß macht durchaus keinen Unterschied. Ist der Beklagte im Stande, das ursprünglich Geschuldete zu leisten, so mag er sich dazu erbieten.

Forderung nicht genügen, so haftet er für den hierdurch dem Kläger zugehenden Schaden, es sey denn, daß er als Einrede zu beweisen vermöchte, der Schaden sey ein zufälliger d. h. ein unabwendbarer, oder doch nur durch Anwendung eines höhern Grades von Thätigkeit und Umsicht abwendbar gewesen, als der Verbundne nach der besondern Natur der Obligation zu leisten hat. — Ausnahmsweise hat auch in Obligationsverhältnissen der Beschädigte den Beweis der Culpa seines Gegners zu führen, wenn dieser z. B. der Kommodant nicht zu einer Leistung, sondern nur dazu verbunden war, nicht arglistig zu Werke zu gehen und grobes Verschulden zu vermeiden; oder wenn derselbe z. B. der Deponent die an sich (in abstracto) als genügend erscheinende Sorgfalt des Depositars darum für unzureichend erklärt, weil derselbe die deponirte Sache nicht so verwahrt habe, wie er seine eignen zu verwahren pflege (s. g. culpa lata in concreto). Diesen besondern Grund der Haftung des Depositars hat der klagende Deponent zu erweisen[17]).

IV. Beweis der Servituten-Ersitzung.

Servituten[18]) werden nach gemeinem Rechte durch

Sonst aber muß er, wenn er dem Schadensersatz entgehen will, beweisen, daß er keine Schuld an der Schadenszufügung trage.

17) Seuffert a. a. O. S. 119—20.

18) In Bezug auf die deutschrechtlichen Reallasten lehrt Mittermaier (deutsch. Priv. R. ad §. 196) ganz richtig: Da die Verjährung nicht als eine bei allen Rechten geltende Erwerbsart erklärt ist, das deutsche Recht keine Ersitzung der Reallasten kannte, und es an bestimmten Analogieen des römischen Rechts für die Reallasten fehlt, so kann man die Verjährung als Erwerbungsgrund der Reallasten — abgesehen von partikularrechtlichen Normen — nur insofern annehmen, als eine unvordenkliche Verjährung begründet werden soll.

Ersitzung erworben, wenn sie unter Gegenwärtigen 10, unter Abwesenden 20 Jahre lang nicht heimlich, noch gewaltsam, noch bittweise ausgeübt wurden[19]). — Dem Beweisführer liegt aber nicht ob, den Beweis der Negative zu führen: „daß die angeführten Fehler nicht vorhanden gewesen"; sondern es wird nur erfordert, daß keine Handlung zum Beweis genommen werde, welche das Gepräge eines der drei Fehler an sich trägt. Die Parthei, welche den Beweis der Servitutenersitzung zu liefern hat, muß speciell anführen und beweisen: daß, wann und wie sie die einzelnen Besitzhandlungen vorgenommen, beziehungsweise wie es sich mit dem die Servitutsausübung darstellenden Zustande der benachbarten Immobilien verhalten habe; aus der dargelegten Beschaffenheit jener Handlungen und dieses Zustandes hat nun der Richter zu ermessen, ob solche für fehlerfrei zu achten, oder nicht. Die Erprobung des Daseyns einer der 3 Fehler ist Aufgabe des (direkten) Gegenbeweises[20]).

V. Beweislast bei der actio negatoria nach gemeinem Rechte.

Kein Streit ist darüber, daß der Beklagte den Beweis der Servitut zu führen habe, wenn er sich nicht im (Quasi-) Besitze derselben befindet. Ist aber der Beklagte Besitzer der Servitut, so wird in neuester Zeit zugegeben, daß den Kläger die Beweislast in dem Falle treffe, wenn er anführt, daß die Servitut zwar früher

19) Fr. 10 pr. si servit. vind. (8, 5); fr. 1 §. 23 de aqua et aqu. pluv. arc. (39, 3); C. 1 de servit. (3, 34) mit C. 12 de praesc. long. temp. (7, 33).

20) Gensler in den Anmerk. zu v. Seckendorf's Abh. im Arch. für civ. Praxis Bd. IV Nr. XI, insbes. Note 17. — Seuffert Erört. einz. Lehren des Röm. Priv. R. Abth. II S. 62; v. Vangerow Leitfaden für Pandekt. Vorlesungen §. 351.

bestanden habe, aber nunmehr erloschen sei [21]); und diese Entscheidung gilt nach der richtigen Ansicht auch für Fälle andrer Art [22]). Hierbei genügt es nicht, daß der Negatorienkläger sein Eigenthum der faktisch dienenden Sache beweise. Denn die Nachweisung des Eigenthums berechtigt nicht zu der Annahme, daß der Servitutbesitz des Beklagten ein unberechtigter Zustand sey. Paulus äussert in fr. 25 pr. de verb. signif.: „recte dicimus eum „fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfruc- „tus alienus est: quia ususfructus non dominii pars, „sed servitutis sit: ut via et iter.“ Wenn der Negatorienkläger den Beweis führt, daß ihm Titius die faktisch dienende Sache verkauft und nach Zahlung des Kaufgeldes tradirt habe [23]), so kann daraus eine nachtheilige Folgerung gegen den Dritten, welcher sich im Quasibesitze des fraglichen Servitutrechtes befindet, offenbar nur in so fern gezogen werden, als der Servitutbesitz nicht schon zur Zeit des Eigenthumserwerbs bestanden und sonach der Eigenthumserwerber durch die Tradition einen von der Servitut freien Besitz der Sache überkommen hat [24]). Die Beschaffenheit des tradirten Besitzes der Sache bestimmt auch die Beschaffenheit des erworbenen Eigenthumsrechtes; nur wenn jener ein freier, durch

21) v. Vangerow a. a. O. §. 353.

22) Fr. 6 §. 1, fr. 8 §. 3 si servit. vind. (8, 5); fr. 15 de operis nov. nunc (39. 1). — Vgl. fr. 7 §. 5 de liberali causa (40, 12); fr. 14 de probat. (23, 3). Seuffert a. a. O. S. 73—85; Derselbe in den rechtswissenschaftl. Abh. S. 93 ff. — A. M. Mittermaier im Arch. für civ. Pr. Bd. XIX S. 285. — v. Vangerow a. a. O. und die daselbst alleg.

23) Statt des vollen Eigenthumsbeweises genügt die bei der publicianischen Klage erforderliche Beweisführung. v. Vangerow a. a. O. §. 354.

24) Es ist bekannten Rechtens: inter alios acta aliis non nocere.

einen gewissen Servitutbesitz nicht beschränkter war, ist auf den Erwerber ein freies, zur Ausschließung einer späteren Anmassung der fraglichen Servitut berechtigendes Eigenthum übergegangen. Ob diese Freiheit des Besitzes der Sache, welche jetzt nicht vorhanden ist, zur Zeit des Eigenthumserwerbs vorhanden war, ist eine Thatfrage, deren Bejahung keineswegs als natürliche Folge jedes Eigenthums gelten kann. Die Behauptung dieser Thatsache oder der Servituterlöschung gehört wesentlich zur Begründung der gegen den Servitutbesitzer [25]) gerichteten Negatorienklage. Allerdings ist diese eine Eigenthumsklage; aber zu ihrer Begründung ist ein Eigenthum solcher Beschaffenheit erforderlich, welche den Servitutsbesitz des Beklagten als einen unberechtigten Zustand erscheinen läßt. — Der Beweis des Klägers, daß ihm die Sache von dem Vorbesitzer zufolge eines Eigenthumübertragenden Titels tradirt worden, enthält allerdings zugleich die Nachweisung, daß er Besitz und Eigenthum frei von faktischer Belastung durch Nießbrauch oder Pfandnexus erlangt hat; aber daß er auch einen — von faktischer Belastung durch Weide-, Weg-, Bau- oder andere Realservituten freien Besitz überkommen hat, geht aus der nachgewiesenen Tradition der Sache selbst nicht hervor.

Um den Beklagten von der Beweislast zu befreien, kommt es nicht auf bereits erlangten Schutz im Besitze, sondern nur darauf an, ob die vorliegenden Thatsachen ihn nach den Grundsätzen des Civilrechts als Quasibesitzer der Servitut darstellen [26]). Ist darüber Streit un-

25) Wird gegen einen Nichtbesitzer der Servitut negatorisch geklagt, so hat der Kläger jetzt einen freien Besitz der Sache, und braucht daher, ihn erworben zu haben, nicht erst zu beweisen.

26) Hierzu ist eine einzige Besitzhandlung nicht hinreichend, obwohl dieselbe — nach gemeinem Rechte — geeignet seyn

ter den Partheien, ob sich der Beklagte im Besitze befinde oder nicht, so kann dies zu einem Zwischenverfahren Anlaß geben[27]), in welchem dem die Beweislast ablehnenden Beklagten aufgelegt wird, den bestrittenen Besitzstand der Servitut durch einen Vorbeweis darzuthun.

VI. Beweislast bei Anwendung der lex Anastasiana.

Die Const. 22 mandati verordnet: „si quis datis „pecuniis hujusmodi subierit cessionem, usque ad „ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantita„tem et usurarum ejus actiones exercere per„mittatur.“ — Vergleicht man die übrigen Stellen des corpus juris, in welchen der Ausdruck „actionem exercere“ vorkommt[28]), so führt die Auslegung der angeführten Bestimmung zur Aufstellung des Rechtssatzes, daß die Angabe des Betrages, welcher dem Cedenten bezahlt mag, den Schutz im jüngsten Besitze zu verschaffen. Darauf bezieht es sich, wenn z. B. Thibaut ordentlichen Besitz fordert, um den Beklagten von der Beweislast zu befreien. — Ein Besitz von Jahr und Tag hingegen, wie ihn die GO. zur Begründung des poss. summariissimum fordert, ist vollkommen hinreichend, um als ordentlicher Besitz im Sinne des Civilrechts, wie er die fragliche Befreiung von der Beweislast bedingt, zu gelten. Daher ist diese Freiheit von der Beweislast — abgesehen von partikularrechtlichen Normen z. B. des bayerischen Landrechts — dem nach den Vorschriften der GO. im jüngsten Besitze Geschätzten unbedenklich einzuräumen.

27) Arg. fr. 1 §. 3 uti possid. (43, 17).

28) Fr. 32 de dolo malo (4, 3); fr. 20 de inoff. testam. (5, 2); fr. 1 §. 1 de servo corrupto (11, 3); fr. 34 pr. de obl. et act. (44, 4); fr. 32 §. 7 de admin. et per tutorum (26, 7); C. 7 de dolo malo (2, 21); C. 6 mandati (4, 35); C. 1 de donat. (8, 54); vgl. fr. 19 mandati (17, 1).

zahlt wurde, zur Begründung der Klage aus einer gekauften Forderung erforderlich sey [29]). Leugnet nun der Cedent, daß der klagende Cessionar soviel, als er jetzt einklagt, für die Forderung gegeben habe, so muß dieser, wieviel er dem Cedenten bezahlte, nachweisen. — Zu diesem Beweise genügt aber eine von dem Cedenten ausgestellte Bescheinigung; indem diese nicht als das bloße Attest eines Zeugen angesehen werden kann, vielmehr die Beurkundung eines Geständnisses über den Empfang enthält, welches, zum Nachtheile des Ausstellers gereichend, nicht blos gegen diesen vollen Beweis macht, sondern auch im Verhältnisse zu Dritten vollkommen glaubwürdig ist [30]). — Stützt sich der Cessionar auf eine solche vom Cedenten ausgestellte Empfangsbescheinigung, so hat er weiter nichts darzuthun, als daß die Urkunde ächt sey d. h. vom Cedenten herrühre. Beharrt der Beklagte demungeachtet noch darauf, daß der Kläger weniger für die Forderung gegeben, als er eingeklagt, indem er behauptet: „die angegebnen Bedingungen des Cessions„geschäftes seyen so nur zum Scheine, und in der Ab„sicht, das Gesetz zu umgehen, festgesetzt worden, — „in Wahrheit verhalte sich die Sache ganz anders," — so behauptet er hierin das Daseyn eines Falsums, einer Simulation seines Gegners, er tritt hierdurch in die Sphäre der Einrede, und muß die Wahrheit seiner Behauptung darthun [30]).

VII. Beweis von Erbansprüchen.

Wird durch die Klage das Intestaterbrecht geltend

29) Bl. f. RA. Bd. III S. 65 ff., und die dort angeführten.

30) Vgl. Wachenhusen im Archiv für civ. Praxis Bd. XIII S 212—25. Von einer Aussage des als Zeuge vorgeschlagenen Cedenten läßt sich dies nicht sagen; diese hat eben nur die Eigenschaft eines Zeugnisses.

31) Bl. f. RA. Bd. IV S. 349 und die dort angef.

gemacht, so liegt dem Kläger ob, seine Verwandtschaft mit dem Erblasser (oder einen andern speciellen Grund), und wenn der Beklagte gleichfalls Verwandter ist, den Grund seines nähern Anspruchs zu beweisen. — Dagegen kann ihm nicht zugemuthet werden, das Nichtvorhandenseyn eines gültigen Testamentes und von Miterben darzuthun [32]).

Ueber Beweis der Trunkenheit vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 212; Beweis der Verjährung ebend. Bd. III S. 147; Beweis der Unvordenklichkeit ebend. Bd. V S. 256; Nachweis der Verwandtschaft bei der Erbschaftsklage ebend. Bd. V S. 260; Beweislast und Beweisthema in Handlohnsprozessen ebend. Bd. VI S. 241; in Ehehaftsstreiten Bd. VII S. 108; über den Ursprung des Mortuariums ebenda Bd. VII S. 239; über Einhaltung der zur Ausübung des Retraktes bestimmten Frist — ebend. S. 240.

32) Vgl. hierüber die Ausführung Linde's in der Gießner Zeitschrift Bd. I S. 160 ff. — S. auch Bl. f. RA. Bd. V S. 257—62.

Zehntes Kapitel.

Von dem Beweise durch Zeugen.

Zehntes Kapitel.

Von dem Beweise durch Zeugen.

§. 1.

Prozeß bei diesem Beweise [1]).

1) Bereits zum §. 4 des vorigen Kapitels wurde bemerkt, daß ein besonderes Verfahren und Urtheil über die Relevanz der Beweisartikel nach dem geltenden Rechte nicht mehr statt findet. Vielmehr werden die Artikel, welche der Richter als irrelevant oder unzuläßig [2]) erkennt, entweder schon in dem die Beweisantretnng mittheilenden, oder auf erfolgte Gegenerklärung der andern Parthei in dem die Zeugenvernehmung verfügenden Dekrete verworfen (s. Komm. zu K. IX §. 6, 1 a. E.), wogegen der Beweisführer kein selbstständiges Rechtsmittel ergreifen sondern nur Verwahrung einlegen kann.

2) Der §. 44 der Prozeßnovelle von 1837 verordnet:

„Bei der Mittheilung der Beweisantretung durch Zeugen (§. 14 des Prozeßgesetzes von 1819) ist nicht sogleich Termin zur Beeidigung und Vernehmung der Zeugen anzusetzen.

1) Vgl. Bayer zu Martins Lehrbuch §. 194—204.

2) Z. B. weil der Zeuge seine eigne Schande berichten soll; s. unten §. 10 a. E.

Dieses geschieht erst nach eingekommenem Gegenbeweise oder nach abgelaufener Gegenbeweisfrist. Ist die Gegenbeweisantretung rechtzeitig eingekommen, so erfolgt zugleich mit der Mittheilung derselben an den Beweisführer die Bestimmung des Tages, an welchem die Aufnahme der Beweise und Gegenbeweise stattfinden soll."

Nach dem Buchstaben der Vorschriften der Gerichtsordn. und der Novelle von 1819 §. 14 sollte mit Aufnahme des Zeugen-Hauptbeweises nicht auf etwaigen Gegenbeweis des Produkten gewartet, sondern jene sogleich in dem die Zeugenbenennung mittheilenden Decrete verfügt werden. Die hiervon schon früher abweichende Uebung der Gerichte hat nun die Bestätigung des Gesetzes erhalten. Mit der Aufnahme des Beweises wird gewartet, bis die Gegenbeweisantretung oder, daß Gegenbeweis nicht versucht werde[3]), vorliegt. Beweis und Gegenbeweis sollen zusammen und gleichzeitig, soweit dies nach Beschaffenheit des einzelnen Falles möglich[4]), aufgenommen werden.

Sind beiden Partheien Beweise aufgelegt, so werden die beiden Beweisführungen nebeneinander verhandelt, ohne daß es als Richtschnur gelten könnte, die gleichartigen Schritte gleichzeitig vorzunehmen; indem bei der

3) Im Falle die Gegenbeweisantretung im Laufe der dafür vorgesteckten Frist nicht einkommt, so ist nun von Amtswegen zur Aufnahme der Beweise überzugehen, ohne daß ein Anrufen des Beweisführers abgewartet werden müßte. Nur der Ablauf der Gegenbeweisfrist, nicht ein Anrufen des Produzenten bedingt nach dem Gesetze die Anberaumung des Termins zur Beeidigung und Vernehmung der Zeugen.

4) Die große Zahl der Zeugen, Verhinderungen einzelner, deren Wohnung in andern Gerichtsbezirken, und andere Umstände können sich der völligen Gleichzeitigkeit der Beweisanfnahmen überhaupt in den Weg stellen.

einen Verzögerungen z. B. durch Fristgesuche eintreten können, welche auf die andre keinen Einfluß äussern.

3) Nach eingekommenem Gegenbeweise ist alsbald Termin zur Zeugenvernehmung auch in denjenigen Fällen anzuberaumen, in welchen ein weiterer Gegenbeweis wider den Gegenbeweis (reprobatio contra reprobationem s. Kap. IX §. 12) stattfindet. Eine richterliche Aufforderung zu diesem weiteren Gegenbeweise tritt nicht ein; es ist Sache des hiezu Berechtigten, denselben — nach Art des Anbringens eines Incidentpunktes — unaufgefordert anzutreten, wozu ihm die Zeit bis zu dem für die Beweisaufnahme (Zeugenvernehmung) bestimmten Termine offen steht [5]). S. übrigens unten §. 12 Nr. 4 lit. b.

4) Ueber die Vorladung der Zeugen, Fragstücke, Gegenwart der Partheien bei der Beeidigung und Vernehmung, über diese gerichtlichen Handlungen selbst u. s. w. wird unten in besonderen §en gesprochen werden.

§. 2.

Vom ausserordentlichen Zeugenverhöre.

Um einen Beweis durch Zeugen gehörig und wirksam antreten zu können, muß man natürlich darüber im Reinen seyn, ob und was die Zeugen von der Sache wissen. Zur Verschaffung der nöthigen Information in dieser Beziehung kann eine vorläufige Befragung der vorzuschlagenden Personen nützlich seyn. Damit aber der Glaubwürdigkeit kein Eintrag geschehe, ist es räthlich, diese vorläufige Befragung nicht selbst oder durch den in der Sache dienenden Anwalt vorzunehmen. Sie kann durch einen Notar, durch einen Gemeindebeamten, oder durch unpartheiische Dritte geschehen. Eine solche

5) Nach Analogie dessen, was §. 45 der Nov. von 1837 über die Einreichung der Fragstücke bestimmt. Die roprobatio reprobationis bezweckt gleich den Fragstücken die Entkräftung der Beweisführung, in Bezug auf welche sie unternommen wird.

außeramtliche Vernehmung ist natürlich, sollte auch das Ergebniß in urkundlicher Beglaubigung vorliegen, an die Stelle der gerichtlichen Vernehmung bei der Beweisführung zu treten nicht geeignet, sondern kann höchstens in Fällen dringender Gefahr die Wirkung der Bescheinigung äußern. Auch gerichtliche Vernehmungen, welche von einem unzuständigen Richter oder doch nicht unter Beobachtung der gesetzlich angeordneten Formen gepflogen werden, sind nur zum Zweck einer Bescheinigung oder nur als Unterstützungsbehelfe (adminicula) wirksam.

§. 3.

Vom summarischen Beweise durch Zeugen.

Die Vorschriften dieses §en der Gerichtsordn. beziehen sich auf die Beweisführung durch Zeugen in denjenigen Sachen, welche sich nach Kap. III §. 3 zum processus summariissimus eigneten. An die Stelle dieser Verfahrungsart ist nun das beschleunigte Verfahren im mündlichen Verhöre getreten. Vom Zeugenbeweis in letzterem vgl. Komm. Bd. II S. 31 — 32; und unten §. 12 Note 8.

Was diejenigen Sachen betrifft, welche sich zwar nicht zum mündlichen Verhöre eignen, aber doch mit Beschleunigung zu verhandeln sind, z. B. Provokations-, Incidentsachen, so zeichnet sich der Zeugenbeweis in denselben heutzutage nur noch durch Abkürzung der Fristen und Weglassen der Disputirsätze aus[1]).

1) S. auch unten §. 12 Note 8. Das besondere Relevanzverfahren, welches der §. 3 für den ordentlichen Zeugenbeweis voraussetzt, besteht nach dem geltenden Rechte nicht mehr, und damit ist das wichtigste Unterscheidungsmerkmal weggefallen. — Auch in summarischen Sachen der fraglichen Art kommen die §§. 45 und 46 der Novelle von 1837 zur Anwendung, daher ist Nr. 3 des §. 3 antiquirt. — Eine förmliche Publikation der Zeugenaussagen findet jetzt auch im gewöhnli-

Von der bloßen Bescheinigung durch Zeugenaussagen s. den vorigen §en und oben Komm. zu Kap. IX §. 2 Note 3 (S. 11).

Vom Zeugenbeweis bei Klagen auf Schutz im jüngsten Besitze s. Komm. Bd. II S. 82 ff.

§. 4.

Kommission zum Zeugenverhöre.

Bei allen Kollegialgerichten finden die Zeugenverhöre durch eine Gerichtskommission statt. Inwiefern Funktionäre, Accessisten und geprüfte Rechtspraktikanten zu solchen Kommissionen verwendet werden dürfen, darüber s. Komm. Bd. I S. 225—27. — Patrimonialgerichte zweiter Klasse zu Zeugenvernehmungen zu kommittiren, geht nicht an [1]). — Sind Personen der Kön. Familie als Zeugen zu vernehmen, so geschieht dies durch den Präsidenten des Oberappellationsgerichts [2]).

§. 5.

Von Vernehmung unter anderem Gericht sitzender Zeugen.

Wenn der Zeuge nicht unmittelbar unter dem Gerichtszwange des Prozeßgerichtes steht, so wird dessen ordentliches Gericht requirirt, entweder zur Vernehmung desselben über die hierbei mitzutheilenden Artikel, oder um Stellung an das requirirende Gericht [1]).

chen Verfahren nicht statt. — Auch in diesem hat der Richter alles Irrelevante und jeden offenbaren Ueberfluß (s. hierüber unten §. 13) abzuschneiden.

1) Beil. VI zur Vu. §. 73 ff.

2) Familienstatut Tit. X §. 3.

1) Landgerichtliche Vorladungen an gutsherrliche Hintersassen sollen auch in den Fällen, wo sie den Landgerichten unmittelbar untergeordnet sind, durch die Patrimonialgerichte insinuirt

Der letztere Weg ist natürlich da, wo unter Zuziehung der Zeugen ein Augenschein eingenommen werden soll, allein geeignet.

Der um Zeugenvernehmung requirirte Richter hat den Partheien von der Tagfahrt zur Abhör der Zeugen rechtzeitig Nachricht zu geben, damit sie derselben beiwohnen können [2]). Da nach §. 45 der Nov. von 1837 die Uebergabe der Fragstücke bis zum Vernehmungstermin zuläßig ist, so kann deren Uebergabe bei dem requirirten Richter geschehen, welchem hier das Recht der Prüfung derselben eben so zukommt, wie die Würdigung der Fragen, welche während der Vernehmung von einer anwesenden Parthei beantragt werden. Insofern nicht besondere Staatsverträge bestehen [3]), findet die Stellung bayerischer Unterthanen als Zeugen vor auswärtigen Gerichten nicht statt, wohl aber unterliegt deren Vernehmung auf Requisition keinen Anstand [4]). — Inländischen Gerichten ist die begehrte Stellung eines Zeugen nicht zu verweigern.

werden. VI konst. Edikt §. 82. Ist das Prozeßgericht ein Obergericht, so kommittirt es das Untergericht zur Zeugenvernehmung z. B. bei Standesherren. Reskr. v. 31. Okt. 1818. Nov. zur GO. Bd. III S. 194.

2) Nach einer Justiz-Ministerial-Entschließung vom 9. Juni 1839 soll der requirirte Richter auf die Anordnungen der §§. 46 und 47 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 aufmerksam gemacht werden. Moritz Real-Commentar zu dem ang. Gesetze S. 466 Note **.

3) Vgl. den Jurisdiktions-Vertrag mit der Krone Würtemberg v. 7. Mai 1821 (RBl. S. 867) §. 27.

4) Anmerk. ad h. l. Reser. v. 24. Nov. 1815 in den Novellen zur GO. Bd. II S. 12.

§. 6.

Vorschlagung und Citation der Zeugen.

Der Richter handelt auch bei der Vernehmung der Zeugen insoferne nur auf Antrag der Partheien, als er bloß die von denselben vorgeschlagenen Zeugen vernimmt. Zu dem Verhör werden die Zeugen richteramtlich vorgeladen.

Wer sich selbst von freien Stücken oder auch auf Veranlassung des Produzenten ohne Ladung des Gerichtes als Zeugen vorstellt, macht sich dadurch verdächtig und exceptionsmäßig.

Jedoch hat dieser Satz keine Anwendung auf den Fall, wenn in dem beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhör der Beweispflichtige die Zeugen, deren er sich als Beweismittel bedienen will, sogleich mitgebracht hat.

§. 7.

Verköstigung der Zeugen.

So wie während des Prozesses jede Parthei die Kosten einstweilen bestreiten muß, welche sie durch ihre prozeßualischen Handlungen veranlaßt [1]), so hat auch der Produzent die gerichtlichen (z. B. Kommissions-) und außergerichtlichen Kosten für die Zeugenvernehmung einstweilen zu bestreiten, insbesondere den von ihm vorgeschlagenen Zeugen die Reisezehrung und das Versäumniß zu vergüten. Es ist gebräuchlich, daß am Ende eines jeden Zeugenverhöres der Richter den Zeugen darüber befragt, was er als Gebühr verlange, und ein etwaiges Uebermaß ermäßigt.

Ist der Produzent zum Armenrechte gelassen, so kann der Zeuge das Erscheinen wegen des Mangels der Kostenvergütung nicht verweigern, behält aber seinen An-

1) Vgl. Komment. Bd. II S. 267.

spruch für den Fall, daß Produzent wieder zu Kräften kommt.

Ist jedoch der vorgeschlagene Zeuge selbst arm, so müssen ihm die baaren Auslagen der Reise auf die oben Bd. II S. 111 angegebene Weise (von der Armenkasse des Wohnorts des Produzenten) vorgeschossen werden.

§. 8.

Vom Zwange der Zeugen.

Jedermann ist verbunden, sich auf Verlangen einer Parthei als Zeuge vernehmen zu lassen; — ohne daß ein selbst eidlich geleistetes Versprechen, daß man nicht zeugen wolle [1]), davon befreien könnte. Man ist jedoch

1) nicht gezwungen, sich gegen nahe Blutverwandte (bis zum 7ten Grade röm. Komputation) und den Ehegatten, gegen Braut oder Bräutigam, gegen Stief- und Schwiegereltern oder Kinder als Zeuge gebrauchen zu lassen [2]); eben so wenig

1) Indem die GO. die Ausnahmsfälle nicht näher bezeichnet, verweißt sie stillschweigend auf das Civilrecht, in welchem auch die Verbindlichkeit, ein Zeugniß abzulegen, vorgetragen zu werden pflegt. Vgl. v. Wening-Ingenheim Civ. R. Buch III §. 275; Schweppe Röm. PR. §. 610; Seuffert PandR. §. 435. Daß überhaupt bei untüchtigen, von Amtswegen zu verwerfenden Zeugen kein Zwang, sich vernehmen zu lassen, stattfindet, versteht sich von selbst.

2) Fr. 4, 5 de testibus (22, 5). Const. 16 cod. (4, 20). Diese Ausnahme fällt jedoch weg, wenn das Verwandtschaftsverhältniß zu beiden Partheien gleich ist, oder wenn es auf die in den Familien vorgekommenen Geburten, Verheirathungen, Sterbfälle und Ehestreitigkeiten ankommt, und die Wahrheit auf andre Art nicht erhoben werden kann. Vgl. Kreittmayr zu diesem §en. Findet die Verwandtschaft oder Verschwägerung nur mit einem von mehrern Streitgenossen statt, so kann das Zeugniß nicht verweigert werden, aber bei theilbaren Sachen dem Verwandten oder Verschwägerten nicht

2) über Thatumstände, deren Bewahrheitung dem Zeugen selbst durch Beimessung einer Rechtsverletzung oder Unsittlichkeit zum Schimpf gereichen könnte [3]); oder welche blos eigne Angelegenheiten und Verhältnisse des Zeugen betreffen, deren Enthüllung kein Dritter zu verlangen befugt ist [4]).

Wenn ferner

3) Personen eine besondre gesetzlich anerkannte Verpflichtung zur Bewahrung eines ihnen anvertrauten Geheimnisses haben, so können sie nicht angehalten werden, über den Inhalt desselben ein Zeugniß abzulegen. Dahin gehören Staatsdiener bezüglich der Sphäre des Amtsgeheimnisses [5]), Advokaten und andre Rechtsfreunde hinsichtlich der von ihrem Klienten über den Gegenstand der Klientel kundgegebnen Thatsachen [6]), nicht auch wegen der hierbei gelegenheitlich wahrgenommenen Umstände;

zum Nachtheil gereichen. Wernher sel. obs. Tom. I P. I obs. 148.

3) Jüngst. Reichsabschied §. 53. Bei der exc. plur. concumb. ist der angebliche andre Konkumbent nicht verbunden, sich darüber als Zeuge vernehmen zu lassen.

4) Diese Beschränkung gilt hier der Natur der Sache gemäß auf gleiche Weise, wie bei dem Anspruch auf Urkunden-Edition. Vgl. fr. 19 ad exhib. (10, 4). — Daß etwa die Bezeugung der in Frage befindlichen Thatsache anderwärts zur Erprobung einer Klage oder Einrede gegen den Zeugen benützt werden könnte, befreit an und für sich von der Verbindlichkeit zur Zeugschaft nicht; sofern nicht der Zeuge in eigner Sache zeugen würde. S. unten §. 10 Nr. 5 und §. 15 Note 5a. Vgl. oben Note 1 und 3; ferner Kap. XII §. 1 Nr. 3, 5, 7.

5) Vgl. StrGB. Th. I Art. 441, 442.

6) Fr. 25 de test. (22, 5); cap. 3 cod. in VIto (2, 10). Auch auf den Hergang einer etwa unter den Partheien gepflogenen Vermittlung erstreckt sich dies, sofern nicht beide Theile auf das Zeugniß provoziren. Nov. 90. cap. 8.

ferner Vormünder und Kuratoren in Sachen ihrer Pfleglinge [7]). — Die Apothekerordnung vom 27. Januar 1842 (Regb. S. 257) §. 34 Nr. 5 verpflichtet die Apotheker zur strengsten Verschwiegenheit in Allem, was Ehre und Ruf eines Arztes oder Kranken gefährden könnte. Da aber diese Verordnung nicht die Eigenschaft eines Gesetzes hat, so ist die angeführte Bestimmung nicht geeignet, eine Ausnahme von der allgemeinen Verbindlichkeit zur Zeugschaft zu begründen. — Was Aerzte, Wundärzte und Hebammen betrifft, so kommt in den Provinzen, für welche das Preußische Landrecht gilt, die Vorschrift Th. II Tit. 20 §. 505 zur Anwendung. Diese verbietet denselben die Offenbarung der ihnen in Ausübung ihres Berufes bekannt gewordnen Gebrechen und Familiengeheimnisse, insofern es nicht Verbrechen sind [8]).

4) Gesandte und die zur Gesandtschaft gehörigen Personen können sich weigern, sich ohne Genehmigung ihres Hofes und beziehungsweise des Gesandten vernehmen zu lassen [9]).

Glaubt der zur Zeugschaft Vorgeladene sich derselben entschlagen zu dürfen, so hat er gleichwohl der Ladung insofern Folge zu leisten, daß er dem Richter den Grund der in Anspruch genommenen Befreiung vorträgt und nachweis't.

Im Falle einer Weigerung ohne rechtserhebliche Ursache tritt richterlicher Zwang durch Verhängung von Geld- oder Arreststrafe ein. Auch haftet der sich beharrlich Weigernde dem Produzenten für den ihm heraus erwachsenden Schaden.

7) Vgl. Kreittmayr zu diesem §en mit fr. 25 de test. in fine, und Linde in der Gießner Zeitschrift Bd. I S. 284.

8) Vgl. übrigens Spangenberg in der Gießner Zeitschrift Bd. III S. 70.

9) Novelle vom 21. Febr. 1789 (Mayr. Gen. Samml. Bd. V S. 6).

§. 9.

Renunciation auf die vorgeschlagene Zeugschaft.

Die Gerichtsordn. bestimmt:

„Der Produzent kann von der vorgeschlagenen Zeugschaft vor geschehener Realproduction allezeit wieder, nachher aber ohne Bewilligung des Gegentheils nicht mehr abstehen, es sei denn, daß er zugleich von dem Beweise völlig abstehen wolle."

Sind die Zeugen bei Gericht bereits erschienen und vorgestellt, so ist die Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels [1]) eingetreten, und der Gegner kann sich desselben auch zur Lieferung des von ihm unternommenen Beweises bedienen. Das Gesetz unterscheidet hiebei nicht zwischen Beweis und Gegenbeweis, nicht zwischen direktem und indirektem Gegenbeweis [2]). Daher kann der zum Beweise

1) Vgl. Spangenberg im Arch. für civ. Praxis Bd. V S. 415 f.; Hesse ebd. Bd. XXIII S. 1 f.; Linde in der Gießner Zeitschrift Bd. VI S. 383 f.

2) Vgl. unten GO. Kap. XI §. 5 Nr. 9. Hier ist allgemein gesagt, daß eine produzirte Urkunde, wenn es anders documentum connexum ist, auch dem Gegentheil, allenfalls zum Gegenbeweis, diene. — Mit dem Ausdruck „Gegenbeweis" pflegt die GO. den direkten und indirekten zusammen zu fassen (Kap. IX §. 12). Documentum connexum heißt auch dasjenige, welches verschiedene, doch in gewissem Maaß mit einander verbundne, Sachen begreift. (Kreittmayr zu Kap. XI §. 5 lit. f). Dies Verhältniß der Konnexität findet nun zwischen Klage, Einrede, Replik u. s. w. überall statt, indem solche offenbar „in gewissem Maaß miteinander verbunden" sind. — Da sich der Gesetzgeber über die Gemeinschaftlichkeit der Zeugen nicht näher ausgesprochen hat, so muß dafür das von Gemeinschaftlichkeit der Urkunden Verordnete zur analogen Anwendung kommen. — Unerheblich ist der Einwand, durch Erstreckung der Wirkung der Gemeinschaftlichkeit auf den indirekten Gegenbeweis werde der Grundsatz der Präklusivkraft des Beweistermins verletzt. Denn die Gemein-

der Klage vorgestellte Zeuge vom Beklagten auch zum Beweise einer Einrede benützt werden, und umgekehrt der zur Nachweisung einer Einrede produzirte für die Erprobung des Klagegrundes. Die Eigenschaft der Gemeinschaftlichkeit bringt es mit sich, daß Fragstücke des Produkten, welche nicht das Thema der Produktion, sondern eine damit nur konnexe Beweisaufgabe betreffen, nicht zurückgewiesen werden dürfen [3]). — Dies erstreckt sich natürlich nicht auf Thatumstände, welche entweder der Produkt früher noch nicht vorgebracht hat, oder auf welche es nach Maßgabe des Beweiserkenntnisses nicht mehr ankommt. — Auch ist die Wirksamkeit der Gemeinschaftlichkeit dadurch bedingt, daß die Beweisführung des Produkten, für welche der Zeuge des Produzenten benützt werden will, rechtzeitig unternommen und nicht wegen Unerheblichkeit oder wegen Unzuläßigkeit der Beweismittel zurückgewiesen worden ist. Hat der Beklagte den Beweis einer Einrede gar nicht angetreten, oder wurde seine Beweisantretung als verspätet oder als ungeeignet rechtskräftig [4]) zurückgewiesen, so besteht seinerseits in Betreff dieser Einrede keine Beweisführung, für welche die Aussage der vom Kläger vorgestellten Zeugen benützt werden könnte. — Betrifft ein Prozeß mehrere gesonderte Posten [5]), so kann der für einen derselben produzirte Zeuge vom Produkten nicht in Ansehung eines andern benützt werden.

Die

schaftlichkeit begründet hier eine Ausnahme von der Regel eben so, wie dies bei der Adhäsion in Bezug auf die Wirksamkeit der Berufungsfrist der Fall ist.

3) Dies gilt auch von Fragen, welche bei der Vernehmung selbst von der anwesenden Parthei beantragt werden.

4) d. h. ohne daß gegen das Zurückweisungsdekret rechtzeitig Verwahrung eingelegt war.

5) Vgl. Komm. Bd. II S. 154, insbes. Note 4.

Die Wirkung der Gemeinschaftlichkeit kann später dadurch wieder aufgehoben werden, daß der Produzent vom Beweise völlig abstehen zu wollen erklärt. Wo es sich von mehreren gesonderten Posten handelt, genügt das Abstehen in Ansehung desjenigen Prozeßgegenstandes, für welchen der fragliche Zeuge produzirt resp. von dem Produkten benützt werden wollte.

§. 10.

Von untüchtigen Zeugen.

Für untüchtige Zeugen werden geachtet:

1) Personen, welche zur Zeit, da das Zeugniß abgelegt werden soll, das 14te Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben. Der Umstand, daß der Zeuge zur Zeit der Begebenheit, worüber auszusagen, noch nicht 14 J. alt war, begründet die Untüchtigkeit nicht; sofern es sich nur von einem die Fassungskraft des Unmündigen nicht übersteigenden Gegenstande handelt [1]).

2) Blöd- und Unsinnige [2]). Es ist jedoch ihr Zeugniß nicht zu verwerfen [3]), wenn sie während eines lichten Zwischenraums von Sachen, welche sich in solcher Zeit begeben haben, deutlich, verständig und mit allen Erfordernissen deponiren.

3) Blinde, Stumme oder Taube; welche jedoch von dem, was sie vor diesem Zustande, oder auch während desselben durch andre körperliche Sinne wohl begriffen haben, und worüber sie sich genügend zu er-

1) In solchem Falle ist daher der Unmündige zu vernehmen, und aus der Beschaffenheit der Aussage zu ermessen, ob er die Geschichte wohl zu begreifen im Stande war.

2) Zu welchen auch Personen im höchsten Grade der Trunkenheit zu rechnen sind.

3) Jedoch für verdächtig zu halten.

klären im Stande sind [4]), ein gültiges Zeugniß ablegen können.

4) Kettensträflinge und Personen, welche wegen Meineids verurtheilt sind [5]).

Verurtheilte Verbrecher andrer Art sind während ihrer Strafzeit (Freiheitsstrafe) zur Ablegung eines eidlichen Zeugnisses unfähig [6]).

Untüchtig ist auch der Zeuge, von welchem bewiesen vorliegt, daß er für Ablegung oder Nichtablegung des Zeugnisses etwas empfangen oder ein deßfallsiges Versprechen angenommen habe [7]).

5) Zeugen in eigner Sache d. h. Personen, von welchen klar vorliegt, daß ihnen der Ausgang der Sache [8]) unmittelbar direkt zum Vortheil oder Nachtheil gereichen werde. Dies ist z. B. bei dem mit der über Vermögensrechte streitenden Parthei in allgemeiner Gütergemeinschaft stehenden Ehegatten [9]) der Fall, ebenso bei andern Theilhabern der Sache oder des Rechtes,

4) Kann die Erklärung nur schriftlich oder gar nur durch Zeichen geschehen, so bleibt das Zeugniß immer exceptionsmäßig.

5) StGB. Th. I Art. 7, 269. — Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 78.

6) StGB. Th. I Art. 24. §. 2.

7) Vgl. Kreittmayr zu §. 11 lit. l mit StGB. Th. II Art. 278 Nr. 4 und Gottschalk disc. for. Tom. III cap. 25.

8) „Woran man Gemein und Theil hat." S. Kreittmayr zu dieser Stelle. — Vgl. fr. 1 §. 11 quando appellandum (49, 4): „eam esse propriam causam, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet."

9) S. Bl. f. RA. Bd. I S. 381, Bd. III S. 223. Auch der blos in Errungenschafts-Gemeinschaft stehende Ehegatte ist untüchtiger Zeuge, wenn der Ausgang des Prozesses eine Mehrung oder Minderung der Errungenschaft mit sich brächte.

um welche gestritten wird [10]); bei Jedem, welcher sein Recht z. B. eine Hypothek von dem der einen Parthei ableitet; bei dem Bürgen in dem Prozesse, welchen der Hauptschuldner über Rechtsbestand oder Erlöschung der Forderung führt; bei dem Legatar im Streite des eingesetzten Erben über die Gültigkeit des Testaments; bei dem Gewährschaftspflichtigen im Prozesse, in welchem es sich von Eviktion des übertragenen Rechtes handelt [11]).

Personen, welche der Ausgang des Prozesses nur unter Voraussetzung eines ihnen zur Last fallenden Verschuldens regreßpflichtig machen würde, sind als direkt betheiligt, daher als Zeugen in eigner Sache nur insofern zu betrachten, als der Streitpunkt, über welchen Zeugniß verlangt wird, gerade in dem Daseyn einer solchen obligatorischen Pflichtverletzung besteht. Dies gilt insbesondre von Beamten, welche zum Zeugniß über

10) Dies gilt auch von Gemeindemitgliedern in denjenigen Gemeindeprozessen, in welchen es sich von einem den einzelnen Gemeindegliedern unmittelbar zufließenden Vortheile oder dieselben treffenden Nachtheile handelt. Vgl. Kreittmayr Anmerk. zu GO. Kap. XI §. 11 lit. c; Bl. f. RA. Bd. III S. 158. Austrägler (Auszügler, Altsitzer) gehören nicht zu den Gemeindegliedern. S. Bl. f. RA. Bd. III S. 144. — In Schäfereiprozessen ist der Schäfer untüchtiger Zeuge, wenn er Antheil an der Heerde hat. Kind quaest. for. ed. II Tom. III cap. 54.

11) Ein solcher hat direkten Vortheil von dem für den Käufer oder Cessionar vortheilhaften Ausgang des Prozesses, weil er dadurch von dem aus der Eviktion drohenden Regreßanspruche befreit wird. Vgl. fr. 4 §. 3 de appell. (49, 1); Gottschalk discept. for. Tom. II cap. 25; Bl. für RA. Bd. III S. 126. Betrifft aber der Prozeß mit dem Dritten nur solche Punkte, bei welchen die Regreßpflicht nicht im Hintergrunde liegt z. B. die Anwendung der lex Anastasiana, so findet diese Untüchtigkeit nicht statt. Bl. f. RA, Bd. III S. 111.

Amtshandlungen aufgerufen werden [12]). Im Allgemeinen kann man deren Untüchtigkeit um so weniger behaupten, als ja auch die Aufnahme eines Vertrages oder Testamentes den dabei thätigen Beamten nicht hindert, später in dem über diesen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit entstandnen Prozesse das Richteramt zu verwalten [13]).

Die Betheiligung als in eigner Sache kann nicht schon darum angenommen werden, weil die eigene Handlung, worüber der Zeuge aussagen soll, zur Begründung eines Anspruchs gegen ihn dienen könnte [14]); nur da, wo dieser Anspruch zu dem Ausgange des gegenwärtigen Prozesses in dem Verhältniß einer Regreßklage stehen würde, ist der jetzt obschwebende Prozeß als eigne Sache des Zeugen zu betrachten.

Der Umstand, daß der Ausgang des Prozesses oder die Thatsache, worüber der Zeuge aussagen soll, Einfluß auf Ansehen und Kredit desselben äussern könnte, macht ihn nicht untüchtig [15]).

Vormünder und Kuratoren können, so lange sie in

12) Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 126.

13) Komm. Bd. I S. 210.

14) Dies ist im allgemeinen keine direkte Betheiligung bei dem Prozesse, in welchem das Zeugniß gegeben werden soll. S. oben §. 8 Note 5.

15) Auch hier fehlt es an der direkten Betheiligung. — Wenn Kreittmayr in der Anmerk. lit, f zu diesem §en auch solche Fälle erwähnt, so sind dies nur Allegate aus Lauterbach, von welchem Schriftsteller im Eingange der Note bemerkt ist, daß er — abweichend von der GO. — das Daseyn der eigenen Sache auch im Falle eines blos indirekten Interesse annehme. Vgl. Komm. Bd. I S. 23. — Die Vorschrift des fr. 25 de testibus, welches die Sachwalter in den ihnen anvertrauten Rechtssachen für von Amtswegen zu verwerfende Zeugen erklärt, ist von der GO. nicht recipirt worden. S. jedoch oben §. 8 Nr. 3.

Vertretung des Pfleglings als Parthei erscheinen, natürlich nicht zugleich die Rolle eines Zeugen übernehmen [16]).

Untüchtig sind

6) Beichtväter in Sachen, welche ihnen mittelst der Beichte kund geworden sind. Dies gilt auch für protestantische Geistliche in Bezug auf Eröffnungen, welche ihnen von einem Beichtkinde aus Gewissensdrang um des Seelenheiles willen, zur Erlangung geistlichen Trostes und beichtväterlicher Beruhigung des Gewissens unter Voraussetzung beichtväterlicher Verschwiegenheit gemacht worden sind [17]).

Uebrigens kann sich die Verwerfung eines Zeugen auch folgeweise aus der Unzuläßigkeit der Artikel ergeben, über welche er vorgeschlagen wurde, indem diese z. B. auf ein Faktum gestellt sind, durch dessen Bejahung der Zeuge seine eigne Schande bekennen würde. Auf solche Artikel ist nicht nur der Zeuge die Antwort zu weigern befugt, — sondern der Richter hat sie von Amtswegen zu verwerfen [18]).

§. 11.

Von exceptionsmäßigen Zeugen.

In gegenwärtigem §en, äussert Kreittmayr in der Anmerkung lit. a, werden „die meiste und fürnemste Ursachen angeführt, welche einen Gezeugen

16) Kreittmayr zu §. 11 lit. g in fine. — Nach Ende der Vormundschaft ist darauf zu sehen, ob nicht ein andrer Grund der Untüchtigkeit oder Exceptionsmäßigkeit z. B. Haftungsverbindlichkeit, Familiarität, vorliege.

17) Vgl. Andres im neuen Archiv des Criminalrechts Bd. II S. 166; Mittermaier ebd. Bd. VIII S. 343; Lauk in Lipperts Annalen H. 1 S. 56.

18) J. R. A. §. 53 vgl. mit §. 15 Nr. 5 des gegenwärtigen Kapitels.

„verdächtig machen und den Glauben schwächen.“ Demnach scheint die gesetzliche Aufzählung von sieben Fällen nicht ausschließend gemeint zu seyn. Indessen werden sich die besondern Ursachen der Exceptionsmäßigkeit, deren manche Schriftsteller in langer Reihe erwähnen, größtentheils unter diesen oder jenen der gesetzlichen Fälle subsumiren lassen. Von denjenigen Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit, welche sich aus der Beschaffenheit der Aussage ergeben, ist hier nicht die Rede; davon wird unten zu §. 17 gesprochen werden; hier handelt es sich nur von solchen Verdachtsgründen, welche aus gewissen Eigenschaften und Beziehungen der Person des Zeugen entspringen. Exceptionsmäßig sind

1) Des Produzenten Blutsverwandte in auf- oder absteigender Linie ohne Beschränkung des Grades; in der Seitenlinie aber bis einschlüßig den sechsten, und soviel die Verschwägerten betrifft, bis in den vierten Grad nach weltlichen Rechten gerechnet. — Die Exceptionsmäßigkeit soll ausnahmsweise nicht stattfinden,

a) wenn die Blutsverwandtschaft oder Schwägerschaft auf beiden Seiten gleich ist;

b) wenn der Gegentheil, wider welchen die Produktion geschieht, gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen keine Einwendung macht;

c) wenn die Aussage dem Verwandten nicht zum Vortheil, sondern zum Nachtheil gereicht;

d) wenn die Wahrheit — nicht etwa wegen zufälligen Mangels andrer Beweismittel — sondern nach Beschaffenheit der Sache — sonst nicht zu erholen ist; z. B. in Erprobung des Alters, der Ehe und der Verwandtschaft, überhaupt der Vorgänge im Familienleben [1]).

Die Gerichtsordnung fügt noch bei: „oder wo

1) Vgl. Cod. civ. P. I Kap. IV §. 9, Nr. 7, und Kap. VI §. 49.

sonst eine besondere Ausnahme in den Rechten gemacht ist." Kreittmayr hat bei Abfassung der §§. 10 — 12, wie sich aus der Schlußstelle des §. 12, und den Anmerk. zu §. 11 lit. b und c ergiebt, auch die Vorschriften über die Qualifikation der Solennitätszeugen bei Verträgen und Testamenten vor Augen gehabt. Dieser Umstand macht es wahrscheinlich, daß die Hinweisung auf sonstige besondere, in den Rechten gemachte Ausnahmen sich auf Bestimmungen über Solennitätszeugschaft beziehe [2]) z. B. auf fr. 20 §. 2 qui testamenta facere possunt (28, 1); vgl. Bayer. Landrecht Th. III Kap. III §. 8 Nr. 6.

Als exceptionsmäßig bezeichnet die Gerichtsordnung

2) Leute von unbekanntem Herkommen, Stand, Wesen, unehelicher Geburt, ohne Legitimation, schlechtem Leumund, oder verächtlicher Profession; ausgenommen gegen Leute von gleicher Gattung.

Richtig bemerkt v. Stürzer [3]): „Vaganten, Heimatlose, Leute von schlechtem Leumunde — von unbekanntem Herkommen, das wird alles seyn. Der Codex trägt die Zeichen der Zeit an sich. Uneheliche sind (heutzutage) gewiß nicht exceptionsmäßig. Verächtliche Profession macht Niemand mehr exceptionsmäßig." — Mit dem Verschwinden der Volksmeinung, welche Uneheliche und gewisse Gewerbe für anrüchtig hielt [4]), mußte

2) Dagegen scheint es zwar zu sprechen, daß in diesem §en nur von exceptionsmäßigen, nicht von völlig untüchtigen Zeugen die Rede ist. Aber aus mehreren Stellen, insbesondere aus den angef. Anmerkungen zu §. 11 lit. b und e, so wie zu §. 10 lit. f geht hervor, daß Kreittmayr diesen Unterschied nicht immer festgehalten hat.

3) Civilgerichtsverfahren S. 628.

4) Nach Kreittmayr's Anm. lit. b sollen Uneheliche exceptionsmäßig seyn, weil sie zu den personae viles gehören;

auch deren Ausfluß, die Exceptionsmäßigkeit als Zeuge, die Anwendbarkeit verlieren. Es ist allgemeine entschiedene Gewohnheit des socialen Lebens unsrer Zeit, in jenen persönlichen Eigenschaften keine Schmälerung der Ehre mehr zu finden, und für diese Gewohnheit liegt darin, daß Unehliche und Gewerbsleute der fraglichen Art selbst nicht von der Volksvertretung in den Gemeinden, im Landrath und der Ständeversammlung ausgeschlossen sind, die unzweideutige Sanktion des Gesetzgebers vor [5]).

Zu den Leuten von schlechtem Leumund d. h. von notorisch verdächtiger Redlichkeit oder gemeinkundiger Sittenlosigkeit [6]) sind insbesondre diejenigen zu rechnen, welche wegen eines in der öffentlichen Meinung herabwürdigenden [7]) Verbrechens oder Vergehens in Spezial- oder Hauptuntersuchung sind, oder nach durchgeführter Untersuchung nur von der Instanz entlassen, oder gar verurtheilt wurden [8]). Indessen wird diese Art der Exceptionsmäßigkeit durch anhaltenden tadellosen Wandel wieder gehoben; auch kömmt hier zur Anwendung, was Art. 392 Th. II des StG. wegen Aufhörens nachtheiliger Folgen der Entlassung von der Instanz verordnet [9]).

aus demselben Grunde auch obrigkeitlich erklärte Verschwender, was gleichfalls zu verwerfen ist. S. v. Stürzer a. a. O.

5) Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 30.

6) Durch erlittene oder verübte ausserehelichе Schwängerung allein wird dieses Prädikat nicht verwirkt. Bl. f. RA. Bd. III S. 208.

7) Der Leumund beruht auf der öffentlichen Meinung. Diese ratifizirt häufig nicht, was die politische Strafjustiz des Landes verfügt.

8) Ueber die Unfähigkeit aller wegen Verbrechens Verurtheilten während der Dauer ihrer Freiheitsstrafe ein eidliches Zeugniß abzulegen — S. §. 10 Nr. 4.

9) Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII Nr. 13.

3) Alle, welche bei der Sache per indirectum d. h. mittels Einwirkung hinzukommender Umstände und Verhältnisse interessirt sind, z. B. die Gemeindeglieder in einem Gemeindeprozesse über eine Geldforderung mittels der Vortheile, welche ihnen eine gutbestellte Gemeindekasse durch gemeinnützige Anstalten verschaffen kann [10]); ebenso jeder nur eventuell Betheiligte, dessen Interesse auf dem Eintritte eines bedingenden Umstandes beruht; der Gläubiger in Rechtssachen des Schuldners, insofern dieser durch den Gewinn des Prozesses die Mittel zur Befriedigung des Zeugen erlangen kann.

Ist eine direkte Betheiligung des Zeugen in Frage, aber nicht gewiß, so wird dies einer indirekten gleichgeachtet.

4) Arme, Unvermögliche, wenn sie nicht besonders guten Rufs und ehrbaren Wandels sind.

Auch hierüber bekennen wir uns zur Ansicht v. Stürzer's [11]), welcher äussert: „Abscheulich! Wird nicht „mehr observirt. Nur dann sind Arme exceptionsmäßig, „wenn sie schlechten Ruf haben, oder unehrbaren Lebenswandels sind. Armuth allein macht Niemand verdächtig."

5) Juden und Ungläubige (Muhamedaner, Heiden), wenn ihre Religionsgenossen mit Christen streiten, und sie von jenen gegen diese produzirt sind.

10) Kreittmayr in der Anmerk. lit. c zu diesem §en. Direkt betheiligt sind z. B. die Gemeindeglieder, wenn es sich von dem Eigenthum eines Waldes handelt, aus welchem Jedem derselben ein jährliches Holzreichniß zufließt. S. hievon oben §. 10. Nr. 5.

11) a. a. O. S. 629.

Diese Bestimmung gilt auch heutzutage noch [12]).

6) Was dem Produzenten mit ehelichen oder andern Pflichten, Gevatter- oder Hausgenossenschaft, großer Familiarität und Neigung, Schuldobligation und dergleichen zugethan.

Unter den mit „andern Pflichten Zugethanen" führt Kreittmayr Vasallen, Unterthanen und Grundholden auf. Da die Lehenstreue, wie sie durch das Lehenedikt vom 7. Juli 1808 §. 80 bestimmt ist, der Ablegung eines Zeugnisses gegen den Lehenherrn nicht im Wege steht, so sind Vasallen, als solche [13]), den exceptionsmäßigen Zeugen nicht mehr beizuzählen. Gerichtsholden stehen zwar heutzutage zu dem Patrimonialgerichtsherrn in keinem Unterthansverhältnisse, aber, gleich den Grundholden überhaupt, in solchen bleibenden Verbindlichkeitsbeziehungen, daß allerdings Grund zur Beanstandung der Glaubwürdigkeit vorhanden ist [14]). — Dienstlich- und Amts-

12) Vgl. die Verordn. vom 10. Juni 1813 §. 30: „alle Gesetze unseres Reichs, insoweit nicht rücksichtlich der Juden Ausnahmen gemacht sind, finden auch auf sie ihre Anwendung. S. v. Stürzer a. a. O.

13) Auch nicht wegen der ihnen obliegenden Geldleistungen, welche nicht dem Lehenherrn in Person, sondern der Staatskasse zufließen. S. die folgende Note.

14) In dem Bd. III S. 224. der Bl. f. RA. mitgetheilten oberstrichterlichen Erkenntnisse sind die Grundholden als exceptionsfreie Zeugen angenommen, und als solche mögen sie, wenn sie gegen ihr eigenes Interesse aussagen, allerdings gelten, indem sich hier die für und wider stimmenden Momente ausgleichen. — Im Uebrigen liegt hier in dem bestehenden Schuldverhältnisse ein gesetzlicher Grund der Exceptionsmäßigkeit; welcher jedoch bei Staatsgrundholden nicht wirksam ist, weil der Fiskus, zu dessen Nachtheil das Zeugniß gereicht und die Staatsbeamten, deren Nachsicht der Grundhold brauchen kann, verschiedne Personen sind.

untergebene sind gleichfalls für exceptionsmäßige Zeugen zu achten. Soldaten, als Zeugen für einen ihnen vorgesetzten Offizier sind zwar in einem DAGE. vom 22. Aug. 1831 für exceptionsfrei gehalten worden [15]), aber der metus reverentialis, in welchem nach den Anmerkungen [16]) Grund zur Schwächung der Glaubwürdigkeit liegen soll, ist doch auch hier vorhanden.

Gevatterschaft begründet unter Protestanten keine geistliche Verwandtschaft, daher auch nicht diese Art der Exceptionsmäßigkeit [17]). Auf besondre Familiarität läßt die Gevatterschaft nicht gerade schließen.

Hausgenossenschaft umfaßt alle diejenigen, welche, in einem Hause zusammenwohnend eine Genossenschaft bilden, daher auf dem Lande auch die Miethbewohner eines Nebenhauses [18]); wohingegen in großen Städten, wo die Bewohner der verschiednen Quartiere desselben Hauses sich, wie in München, gewöhnlich gar nicht kennen, von einer Genossenschaft unter ihnen, welche Exceptionsmäßigkeit begründet, nicht die Rede seyn kann. — Zu den Hausgenossen gehören die Dienstboten, nicht aber die außer dem Hause wohnenden Taglöhner [19]).

Große Familiarität und Neigung ist insbesondre unter Adoptiveltern und Kindern anzunehmen.

Ein dem Schuldverhältnisse ähnliches findet statt, wenn der Produzent bisher ein guter Kunde des Zeugen war, so daß dieser im Falle eines nachtheiligen Zeugnisses die Entziehung der Kundschaft zu besorgen hätte.

15) Bl. für RA. Bd. III S. 237.

16) Zu diesem §en lit. g.

17) Bl. f. RA. Bd. III S. 236.

18) Bl. f. RA. Bd. III S. 237.

19) Bl. f. RA. Bd. I S. 227.

Die oben bei Nr. 1 unter lit. a — c aufgeführten Ausnahmen der Exceptionsmäßigkeit finden auch auf die unter Nr. 6 bezeichneten Personen Anwendung, und auf die Hausgenossen auch die Ausnahme lit. d [20]).

7) Wer einer Bestechung, Subornation, oder etwa einer großen Feindschaft wider den Gegentheil verdächtig ist.

Liegt über die Bestechung Gewißheit vor, so findet Untüchtigkeit statt [21]). Gleichfalls aufgehoben, nicht blos geschwächt ist die Glaubwürdigkeit, wenn die Subornation (Anstiftung, Zustützung, Einlernung) des Zeugen außer Zweifel gesetzt ist; wohingegen ein bloßes Ersuchen um das Zeugniß an sich nicht einmal verdächtig macht [22]).

Die Feindschaft gegen den Produkten kommt nicht in Betracht, wenn dieser, um den Zeugen zu verdächtigen, geflissentlich Anlaß dazu gab; oder wenn das Zeugniß, der Feindschaft ungeachtet, zu Gunsten des Produkten ausfällt [23]).

Findet der Grund der Exceptionsmäßigkeit nur im Verhälnisse zu einem von mehrern Streitgenossen statt, so ist der Zeuge darum in Ansehung der übrigen, auch bei theilbaren Sachen, nicht für exceptionsfrei zu halten. Denn da das Zeugniß nur eines für alle ist, so muß auch der Zweifel, ob er nicht aus Vorliebe für einen der Streitgenossen der Wahrheit untreu geworden, die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses überhaupt, daher in Ansehung sämmtlicher Theilhaber schwächen.

20) Kreittmayr in der Anmerk. lit. h.

21) S. oben §. 10 Nr. 4.

22) Bl. f. RA. Bd. I S. 227.

23) Kreittmayr lit. m.

§. 12.

Unterschied zwischen untüchtigen und exceptionsmäßigen Zeugen.

„Untüchtige Zeugen beweisen 1) gar nichts, und „sollen auch bei notorischer Untüchtigkeit in bürgerlichen „Sachen nicht einmal verhört, sondern von Amtswegen „verworfen werden, wenn gleich nicht excipirt würde, oder „die Wahrheit auf andere Weise nicht zu erlangen wäre. „Ist aber 2) die Untüchtigkeit in Zweifel, so soll man „sie salvo jure zulassen;" d. h. mit Vorbehalt gänzlicher Verwerfung, wenn zur Zeit der Beweisprüfung die Untüchtigkeit mit Gewißheit vorliegt. Bleibt aber diese Eigenschaft zweifelhaft, so ist der Zeuge für exceptionsmäßig zu halten. — Die Erforschung etwaiger Untüchtigkeit ist von Amtswegen zu pflegen, kann jedoch durch Anführungen des Produkten veranlaßt werden. Durch die Vorschrift, nach welcher der Zeuge bei zweifelhafter Untüchtigkeit salvo jure zugelassen werden soll, ist eine alsbaldige Erhebung der hierüber vorgeschlagenen Beweismittel nicht ausgeschlossen. Vielmehr hat diese zur Vermeidung einer vergeblichen Eidesleistung dem Ausspruch über die Zulassung vorgängig zu geschehen [1]). — Uebrigens macht es in Bezug auf Verwerfung der untüchtigen Zeugen keinen Unterschied, von welcher der Partheien sie in Vorschlag gebracht werden, und ob sie für oder gegen den Produzenten aussagen; in dem einen wie in dem andern Falle sind sie als nicht vorhanden zu betrachten [2]).

3) „Durch exceptionsmäßige Zeugen kann, „wenn die gemachte Einwendung erheblich ist, zwar „kein vollständiger Beweis bewirkt werden, wohl aber

1) Dies veranlaßt ein summarisches Zwischenverfahren.

2) Vgl. Bl. f. RA. Bd. I S. 381. Demzufolge ist eine mit dem Manne in allgemeiner Gütergemeinschaft stehende Frau auch da für untüchtig zu halten, wo der Gegner des Mannes sie in Vorschlag brachte.

„steht 4) in richterlicher Ermäßigung, ob, und in wie „weit dieselben zum halben Beweise dienen können."

Nach diesen Vorschriften unterscheiden sich **exceptionsmäßige Zeugen von untüchtigen** in drei Punkten:

a) Die Exceptionsmäßigkeit wird in der Regel nicht von Amtswegen, sondern nur auf Erinnerung des Gegners beachtet [3]); sie steht

b) der Vernehmung des Zeugen nicht im Wege, und entzieht

c) dem Zeugen in den meisten Fällen nicht alle Beweiskraft.

Zu a. Dieser Grundsatz bezieht sich nur auf die im vorigen §en erörterten Fälle unvollkommner Glaubwürdigkeit; nicht aber auf sonstige Hindernisse und Schmälerungen der Beweiskraft, welche sich aus mangelhaftem Daseyn der unten zu §. 17 darzulegenden Erfordernisse, insbesondre aus der verdächtigen Beschaffenheit der Aussage selbst ergeben.

Den Zeitpunkt betreffend, **wann** die Beweiseinrede der Exceptionsmäßigkeit vorzubringen sey, so ist nicht vorgeschrieben, daß dies schon in der Erklärung auf die gegnerische Beweisantretung und gleichzeitig mit der Gegenbeweisantretung geschehen soll [4]). Da aber die Be-

3) „wenn die **gemachte** Einwendung." Vgl. **Kreittmayr** zu §. 11 lit. a: „weil die exceptionsmäßige Gezeugen nicht, wie die untüchtigen ex officio, sondern auf Instanz der Partheien verworfen zu werden pflegen." — Da hier eine besondre Vorschrift des Gesetzes vorliegt, so ist analoge Anwendung des §. 9 Kap VI auf die Beweiseinreden gegen Zeugen unzulässig.

4) Da die Exceptionsmäßigkeit der Vernehmung auf keinen Fall im Wege steht, so waltet auch kein Bedürfniß ob, das Vorbringen der Vernehmung vorhergehen zu lassen. — Indessen ist es immer räthlich, sich die Einreden gegen die Zeugen, in

weisführung über Beweiseinreden eine Art des Gegenbeweises ist, so muß dieser Gegenbeweis überall, wo es dessen bedarf, in derselben Frist angetreten werden, welche überhaupt für den Gegenbeweis vorgesteckt wird [5]). — Beabsichtigt der Produkt keine Beweisführung über die Einrede der Exceptionsmäßigkeit, indem er etwa der Notorietät des betreffenden Thatumstandes vertraut, oder die Bewahrheitung desselben von der Antwort des Zeugen auf die ihm zu stellenden Fragen erwartet, so mag er das Vorbringen derselben bis zur Einreichung der Fragstücke resp. zum Zeugenverhöre [6]), oder gar auf seinen Disputirsatz verschieben [7]). Die Stellung von Fragstücken, oder mündliche Beantragung von Fragen über eine die Exceptionsmäßigkeit begründende Thatsache gilt

der Erklärung auf die Beweisantretung wenigstens allgemein vorzubehalten. S. Note 7.

5) Damit ist natürlich eine nachträgliche Beweisführung über Beweiseinreden, welche erst später zur Kenntniß kommen, keineswegs ausgeschlossen.

6) Welchem die Partheien nach dem neuesten Rechte beiwohnen dürfen. S. Nov. vom 17. Nov. 1837 §. 46.

7) Nach gemeinem Rechte — cap. 31 X de testibus (2, 20) — sollen die Einreden gegen die Zeugen (abgesehen von neu entdeckten) nach der Publikation der Aussagen, wenn darüber nicht vorher wenigstens ein Vorbehalt gemacht worden, nicht mehr zulässig seyn. Aber diese Vorschrift läuft doch nur auf eine Formalität, nemlich den allgemeinen Vorbehalt hinaus, und steht in wesentlichem Zusammenhang mit einem Rechtssatz, den sich die GO. nicht eigen gemacht hat. Das angeführte cap. 31 bestimmt, daß die vor der Publikation der Aussagen gegen einen Zeugen gemachte Exception auch in dem Falle wirksam seyn soll, wenn dessen Aussage dem Excipienten günstig ist; wovon die GO. das Gegentheil verordnet; s. oben §. 11 Nr. 1 lit. c und Nr. 6 am Ende. — Zudem findet eine Publikation der Zeugenaussagen, wie sie das cap. 3; voraussetzt, in Bayern heutzutage nicht mehr statt.

als Vorbringen dieser Einrede. — Erhellt die Exceptionsmäßigkeit ohne Zuthun des Produkten, etwa aus der Antwort des Zeugen auf die vom Richter gestellten Generalfragen, so hat ihr der Richter, wo keine Disputirsätze Platz greifen [8]), von Amtswegen die geeignete Folge zu geben [9]), ausserdem kommt es auf die Geltendmachung im Impugnationssatze an. —

Zu b. Durch bloße Exceptionsmäßigkeit wird die Vernehmung des Zeugen in keinem Falle gehindert [10]). Daher waltet auch kein Grund ob, die zur Erprobung derselben von dem Produkten in der Gegenbeweisantretung vorgeschlagenen Beweise in einem besondern (summarischen) Zwischenverfahren vorgängig der Hauptbeweisführung zu erheben. Vielmehr geschieht diese Erhebung ganz nach Art und in der Ordnung einer Gegenbeweisführung. Zu einem besondern Zwischen- resp. nachträglichen Verfahren über den Beweis der Exceptionsmäßigkeit kann indessen durch spätere Entdeckung eines bisher nicht gekannten Grundes derselben Veranlassung eintreten, in welchem Falle dasselbe, gleich dem über eine zulässige reprobatio contra reprobationem (s. oben §. 1 Nr. 3), summarisch zu pflegen ist. —

Zu c. Das Gesetz bestimmt nicht, daß jedem exceptionsmäßigen Zeugen einige Beweiskraft zukomme, sondern stellt dem richterlichen Ermessen auch die gänzliche Verwerfung anheim [11]). Diese würde z. B. stattzufinden haben, wenn bewiesen vorläge, der wegen großer Feindschaft gegen den Produkten verdächtige und zu dessen Nach-

8) Demnach sowohl im beschleunigten Verfahren des mündlichen Verhörs, als auch in andern Sachen von schleuniger Verhandlung; s. oben §. 3 dieses Kapitels.

9) v. Stürzer zu diesem §en.

10) Kreittmayr zu diesem §en.

11) S. die oben Note 3 ausgezogne Stelle der Anmerkungen.

Nachtheil aussagende Zeuge habe vor seiner Vernehmung geäussert: er wolle seine Aussage so einrichten, daß der Produkt den Prozeß verlieren müsse. — Uebrigens hat der Richter bei seinem Ermessen sowohl die Stärke oder Schwäche des objektiven Verdachtsgrundes z. B. die größere oder geringere Nähe der Verwandtschaft, die höhere oder geringere Bedeutsamkeit des obwaltenden Interesse, als auch die persönliche Glaubwürdigkeit des Individuums, worüber etwa Notorietät besteht oder auch die Beschaffenheit der Aussage Aufschluß giebt, ins Auge zu fassen.

Die Gerichtsordnung verordnet weiter: Es soll auch

„5) sowohl hinsichtlich der Untüchtigkeit als der Ex„ceptionsmäßigkeit, allezeit auf die Zeit des Verhöres „gesehen werden, soweit es dabei nur auf den Beweis, „und nicht auf die Zierlichkeit der gepflogenen Handlung „ankommt."

Schwägerschaft, indirektes Interesse bei der Sache, Hausgenossenschaft, Freundschaft für den Produzenten und Feindschaft gegen den Produkten, welche zur Zeit des zu bezeugenden Vorgangs stattgefunden hatten, aber nunmehr zur Zeit der Vernehmung weggefallen sind, kommen nicht weiter in Betracht. Anders verhält sich natürlich die Sache, wenn der nun nicht mehr bestehende Mangel z. B. Blindheit, Wahnsinn, den Zeugen zur Zeit des Vorgangs an der Wahrnehmung und Auffassung gehindert hat [12]).

Was am Schlusse über die zur Zierlichkeit der Handlung erforderlichen Zeugen gelegenheitlich bemerkt ist, gehört in's Gebiet des Civilrechts.

12) S. oben §. 10 Nr. 1—3.

§. 13.

Anzahl der Zeugen.

„Dem Produzenten steht zwar

1) „frei, so viele Zeugen aufzubringen, als ihm „beliebt. Sollte man aber eine geflissentliche Verzögerung, „oder einen Ueberfluß dabei merken, so ist dieser von „Amtswegen abzustellen.“

Durch Benennung von Zeugen, welche in weit entfernten Ländern wohnen, könnte allerdings eine Verzögerung des Prozesses bewirkt werden. Um aber die Verwerfung solcher Zeugen zu rechtfertigen, müßte mit Gewißheit vorliegen, daß der Vorschlag nur aus Chikane geschehen sey; was wohl nur höchst selten vorkommen wird. Häufiger kann Anlaß vorhanden seyn, ein Uebermaß von Zeugen, welche über denselben Thatumstand produzirt worden, abzuschneiden; wo jedoch der Richter nur die Zahl der zu vernehmenden Zeugen bestimmt, der Produzent aber die in der reduzirten Zahl zu begreifenden Personen auswählt [1]). Liefern nun die ausgewählten Zeugen keinen vollständigen Beweis, so muß es dem Produzenten zustehen, die nachträgliche Vernehmung der übrigen zu begehren.

„In der Regel, wo die Rechte nichts Besonderes „verordnen, wird

2) „ein vollständiger Beweis durch zwei unverwerfliche und legale Zeugen bewirkt.“

Zur Vollständigkeit des Beweises wird im Civilprozesse weder absolute objektive Gewißheit (mathematische Evidenz) erfordert, noch genügt dazu subjektive Ueberzeugung des Richters; vielmehr beruht dieselbe auf juristischer Gewißheit, welche der Richter annehmen muß, wenn die gesetzlich vorgezeichneten Bedingungen derselben vorhanden sind, und welche in Ermangelung dieser Be-

1) v. Stürzer zu diesem §en S. 633.

dingungen nicht angenommen werden darf. Eine solche juristische Gewißheit soll in der Regel durch die zusammenstimmenden Aussagen zweier unverwerflichen (d. h. exceptionsfreien) und legalen (d. h. unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften vernommenen) Zeugen bewirkt werden.

Ausnahmsweise hatten die ältern Gerichtsordnungen für gewisse Fälle von Schuldforderungen an Erben eines Verstorbenen [2]), und das gemeine Recht (Const. 18 de testibus) für den Beweis der Zahlung einer urkundlichen Schuld [3]) eine größere Anzahl von Zeugen erfordert. Beide Ausnahmen sind in Nr.

3) und 4) des §. 13 für aufgehoben erklärt.

5) „Ein einziger Zeuge macht höchstens nur einen „halben Beweis, ausgenommen in Sachen von geringem „Präjudiz [4]), oder wo nur blosse Bescheinigung erfor„derlich [5]), oder sonst in den Rechten eine besondere „Ausnahme zu finden ist [6])."

Solche besondere Ausnahmen bestehen

a) für das Zeugniß des Gerichtsboten über die Vornahme von Amtshandlungen, insbesondere über Insinuation und Zustellung richterlicher Verfügungen [7]). — Eine Ministerial-Entschließung vom 24. Dez. 1841 hat verordnet, daß auf die Aussenseite der zu insinuirenden Dekrete aller Art von dem betreffenden Boten der Tag der Zu-

2) Bezüglich dieser s. g. Probe über den moltigen Mund s. Kreittmayr zu diesem §en lit. c.

3) Kreittmayr a. a. O. lit. d.

4) Was hierüber im beschleunigten Verfahren des mündlichen Verhörs gilt, ist bereits im II. Bd. dieses Kommentars S. 32 vorgekommen.

5) S. oben §. 2.

6) Vgl. Linde in der Gießner Zeitschrift S. 179—89.

7) Komment. Bd. II S. 212.

stellung, in Buchstaben ausgedrückt, mit Beifügung seiner Unterschrift gesetzt werden müsse. Die Beobachtung dieser Form bedingt nun die Beweiskraft seiner Aussage. — Hieher gehört

b) daß Zeugniß des einzigen nach Umständen genügenden Sachverständigen über die nach Kunstregeln aufzufassende Beschaffenheit eines Gegenstandes richterlicher Augenscheinsnahme [8]); ferner das Zeugniß des beeidigten Dolmetschers über den Inhalt von Zeugenaussagen und Urkunden in fremder Sprache [9]). Wenn

c) die zu beweisende Thatsache nur vor einem Zeugen vorgieng, und beide Partheien denselben als Beweis- resp. Gegenbeweiszeugen in Vorschlag bringen, oder wenn überhaupt die Partheien auf die Aussage des einzigen Zeugen kompromittiren, so macht dieselbe vollen Beweis [10]). Ist

d) in einem letzten Willen eine Person als diejenige bezeichnet, welche der Erblasser von seiner nähern Willensmeinung hinsichtlich gewisser Punkte unterrichtet habe, so ist ihrer Aussage hierüber die Kraft vollen Beweises beizumessen [11]).

Die Lehre mancher Schriftsteller, ein Zeugniß über eigne Handlungen des Zeugen oder über Gegenstände, nach deren Beschaffenheit die Verschaffung mehrerer Zeugen als unmöglich oder doch höchst schwierig erscheint, mache vollen Beweis [12]), — ist weder in den Gesetzen noch in der Natur der Sache begründet [13]).

8) S. hierüber unten Kap. XII §. 3 Nr. 2.

9) Näheres hierüber unten zu §. 16 Nr. 7 und zu Kap. XI §. 5.

10) Arg. Nov. 90 cap. 8. Vgl. Linde a. a. O. S. 180.

11) Vgl. fr. 14 de dote praeleg. (33, 4).

12) J. H. Meier dissert. de uno teste plene probante Th. VI und VII. Vgl. Gesterding Ausbeute aus Nachforschungen Bd. I S. 177—80.

13) Linde a. a. O.

Uebrigens wird das Nähere hinsichtlich der Beweiskraft urkundlicher Zeugnisse öffentlicher Personen unten Kap. XI §. 1 und 2 vorkommen.

§. 14.

Beeidigung der Zeugen.

Unbeeidigten Zeugen wird kein Glauben beigemessen [1]; es soll demnach

1) die Beeidigung derselben nicht unterlassen, sondern im Beiseyn beider Partheien (vgl. §. 15, 16) und zwar allezeit vor dem wirklichen Verhöre vorgenommen werden. — Inwiefern bei Sachen des mündlichen Verhörs Angelobung an Eidesstatt den förmlichen Zeugeneid vertreten könne, ist in Bd. II S. 32 vorgekommen.

Jeder von einem Zeugen oder von einem Sachverständigen abzuschwörende Eid soll erst nach vorheriger, dem Verhältnisse angemessener, die Heiligkeit des Eides und die Verwerflichkeit des Meineides darlegender Anrede des Richters und Ablesung der betreffenden Stellen des Strafgesetzbuchs (Th. I Art. 269 mit 265) abgelegt werden. — In eben dieser Art ist hinsichtlich der Versicherung an Eidesstatt (Art. 271) zu verfahren [2].

2) Der Zeugeneid ist darauf gerichtet: daß der Zeuge in der Sache, worin er als Zeuge vernommen werden soll, alles getreu nach seiner besten Wissenschaft aussagen, nichts als die reine lautere Wahrheit reden, auch nichts verschweigen wolle, weder aus Freundschaft noch Feindschaft gegen einen Theil, noch aus Neid, Furcht

1) Vgl. indessen oben §. 2. — Auch ist Verzicht der Partheien auf die Beeidigung zulässig.

2) Prozeßgesetz v. 17. Nov. 1837 §. 48, auch auf diejenigen Personen anwendbar, bei deren Partheieiden die Meineidsverwarnung nach Kap. XIII §. 1 wegfällt. Bl. f. RA. Bd. VI. S. 90.

oder eigenen Vortheils wegen, ohne Beimischung falscher Umstände und ohne irgend einen geheimen Vorbehalt [3]).

Von den Genossen der drei verfassungsmäßig gleichgestellten christlichen Konfessionen wird der Eid mit der Schlußformel geleistet: „So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort (Evangelium)." Eben so geschieht die Eidesleistung der unirten Griechen.

Für jene der nicht unirten Griechen ist im Anhang zum Entwurfe einer revidirten Prozeßordnung vom J. 1827 Beil. V eine ausführliche Anweisung, und für den Judeneid in den Anmerkungen zur Gerichtsordnung a. d. St. lit. e ein Formular enthalten. Die Ableistung des Zeugeneides von Seite eines Juden geschieht nur dann in der Synagoge oder mit Zuziehung eines Rabbiners Behufs der Meineidsverwarnung, wenn die Gegenparthei darauf anträgt, oder der Richter es wegen obwaltender besonderer Verhältnisse für nothwendig erachtet [4]).

Mennoniten oder Wiedertäufern ist statt des Eides der Handschlag unter nachstehender Betheuerungsformel abzunehmen: „ich verspreche mit gegenwärtigem Hand„schlag, wie bei meinem Taufbunde die reine Wahrheit „zu sagen [5])."

Personen der k. Familie deponiren: „bei fürstlichem Glauben und Trauen [6])."

3) Vgl. die in Nr. 2 des gegenwärtigen §en enthaltene gewöhnliche Eidesformel; von welcher jedoch die Worte: „auch will ich dieses mein Zeugniß und meine Aussage verschweigen, bis sie gerichtlich eröffnet wird" — heutzutage nach §. 45 des Prozeßgesetzes von 1837 wegfallen.

4) K. Reskr. v. 27. August 1833.

5) K. Verordn. vom 20. Okt. 1811 die feierlichen gerichtlichen Aussagen der Menoniten betr. RBl. S. 1601. — Bei der Meineidsverwarnung ist hier auch auf Art. 270 Th. I des StG. hinzuweisen.

6) Regb. von 1821 S. 23.

Siegelmäßige sind von dem körperlichen Eide als Zeugen in Civilsachen befreit; es wird ihnen die in das Vernehmungsprotokoll wörtlich einzutragende Eidesformel vom Kommissär vorgelesen und zur eigenhändigen Unterschrift vorgelegt, welche der körperlichen Eidesleistung gleich gilt [7]).

3) Ist die Beeidigung des Zeugen resp. die Abnahme der Versicherung an Eidesstatt unterblieben, so muß solche nachgeholt werden, es sey denn, daß die Partheien nichts dagegen einwenden [8]), oder daß die Aussage durch christliches Absterben des Zeugen bestätigt wird [9]). Zur Wirksamkeit nachgeholter Beeidigung ist Vorlesung der frühern Aussage erforderlich [10]).

4) Wenn Personen in öffentlichem Amt oder Dienst über Sachen zu vernehmen sind, die in ihre Funktion einschlagen, so vertritt die Erinnerung an den geleisteten Diensteid die Stelle des Zeugeneides [11]). Jedoch steht es in Ermanglung besonderer Vorschrift bei obwaltenden besondern Bedenken, in richterlichem Ermessen, die Beeidigung auf die Zeugenpflicht förmlich vorzunehmen.

5) Der Zeugeneid kann nie durch einen Stellvertre-

7) Beil. VIII zur Verf. Urk. §. 13. Bl. f. RA. Bd. IV S. 141. — Im Uebrigen ist die Vorschrift Nr. 4 des gegenwärtigen §en antiquirt.

8) Wenn die Parthei zum Erkenntniß submittirt, ohne die nachträgliche Beeidigung zu verlangen, so liegt hierin ein stillschweigender Verzicht auf dieselbe. Erk. des k. OAG. vom 20. März 1824. Akten des AG. des vormaligen Rezatkreises Nr. $^{92}/_{100}$.

9) Vgl. hierüber den Kommentar unten zu Kap. XIII §. 2.

10) Vgl. den in der Anm. lit. f angeführten Gail Lib. I. obs. 101, welcher es als Reichskammergerichts-Praxis anführt, nur die unmittelbar der Vernehmung nachgefolgte Beeidigung der vorgängigen gleichzustellen.

11) v. Stürzer S. 638.

ter abgelegt werden, ausgenommen bei Stummen, wo der Stumme in Gegenwart des Richters und der Partheien die Vollmacht für den Mandatar zu schreiben und dieser sodann den Eid in Beiseyn des Stummen abzulegen hat [12]).

§. 15.

Von interrogatoriis.

I.

Sowohl mit der Gegenbeweisantretung, jedoch nur gesondert, in einer Beilage, als auch allein bis zum Zeugenvernehmungstermine können von dem Produkten dem Gerichte Fragestücke (interrogatoria) übergeben werden [1]), über welche die Zeugen gleichfalls vernommen werden sollen, was gleichmäßig auch für einen Gegenbeweis durch Zeugen gilt.

Die Fragestücke werden dem Gegentheile nicht mitgetheilt [2]), der Richter hat sie, ohne darüber eine Verhandlung zu gestatten, gleich den Artikeln von Amtswegen zu prüfen, und die offenbar irrelevanten oder unzulässigen zu verwerfen, welche Verwerfung die Rechtskraft beschreitet, wenn nicht dagegen rechtzeitig Verwahrung eingelegt wird [3]).

Die Fragestücke des Produkten zielen zum Theil dahin ab, die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen, ohne Rücksicht auf den Beweissatz, zu erforschen (allgemeine Fragestücke — generalia); andere hingegen sollen die Beweisartikel erläutern und eine bestimmtere Beant-

12) Anmerk. z. d. St. lit. g in fine.

1) Gesetz vom 17. Nov. 1837 §. 45.

2) Damit dieser die Zeugen nicht darüber instruiren kann. Mittermaier im Arch. für civ. Praxis Bd. V S. 190.

3) Prozeßnovelle vom 22. Juli 1819 §. 14. v. Gönner Kommentar hiezu S. 188 vgl. mit §. 51 des Gesetzes vom 17. Nov. 1837.

wortung derselben veranlassen oder den Grund des Wissens eines Zeugen erforschen (besondere Fragestücke — specialia) [4]).

Die allgemeinen Fragestücke gehen auf Namen, Alter, Stand und Gewerbe des Zeugen, seine Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit den streitenden Theilen, seine Freundschaft oder Feindschaft gegen dieselben, etwaige Amts-, Dienstes- oder Abhängigkeitsverhältnisse zu denselben; darauf, ob Zeuge vom Ausgange des Prozesses Nutzen oder Schaden zu erwarten habe, und welchen? ob ihm für sein Zeugniß etwas versprochen worden, was und von wem? [5])

Die besonderen Fragestücke beziehen sich auf die einzelnen Beweisartikel, und werden vorzüglich darauf gerichtet 1) die Thatsache, welche der Beweisartikel umfaßt, in ihre einzelnen Nebenumstände aufzulösen, z. B. Zeit, Ort, Münzsorte des Darlehens, um daran eine Kontrole für die Wahrheit der Zeugenaussage zu erhalten;

2) den Grund der Wissenschaft des Zeugen zu konstatiren, oder die einzelnen Wahrnehmungen, worauf Zeuge seine Aussage über Vorhandenseyn eines Zustandes des z. B. über Geistesabwesenheit des Testators baut, kennen zu lernen; so wie

4) Mittermaier a. a. O. Bd. V S. 189. Die GO. erwähnt eine eigene Art der Interrogatorien als aufgehoben — die praeliminaria ad causam principalem, welche die ganze Vorgeschichte, die Veranlassung des Streites enthalten, und durch welche dann häufig der Produkt Einreden einzuschwärzen suchte, die bereits versäumt waren. Vgl. hierüber Elver's allgem. jur. Zeitung Bd. II S. 265.

5) Die Anmerk. lit. b machen darauf aufmerksam, „sich gegen Gezeugen von Extraction so viel möglich der Interrogatoriorum generalium zu enthalten." v. Stürzer bemerkt hierzu: das ist lächerlich, Diskretion versteht sich von selbst.

3) den Artikel dem Zeugen deutlicher zu machen, um aus den Antworten auf die Fragestücke mit größerer Zuverläſſigkeit zu entnehmen, welcher Sinn der Antwort des Zeugen auf den Artikel zum Grunde liegt; dies iſt namentlich der Fall, wenn der Artikel eine Undeutlichkeit, einen komplicirten oder einen juriſtiſchen Begriff enthält; endlich bezwecken ſie

4) die Ausſagen des Zeugen an andern bereits produzirten Beweismitteln oder an Ausſagen anderer Zeugen zu prüfen.

Je einfacher die Fragſtücke ſind, deſto beſſer erfüllen ſie ihren Zweck; man ſoll ſich in denſelben jeder unnöthigen Weitläufigkeit enthalten, über einen Beweisartikel nicht mehr als drei Fragestücke ſtellen, und keine Urkunden beilegen [6]).

Es geht nicht an, die zur Herſtellung der Unglaubwürdigkeit des Zeugen beſtimmten Fragſtücke auf Thatſachen zu ſtellen, durch deren Bejahung dieſer ſeine eigene Schande bekennen oder ſonſt zu eignem Schaden reden würde [7]).

Eben ſo ſind jene von Amtswegen zu verwerfen, die bloß Wiederholungen deſſen ſind, was bereits der Artikel enthält, oder die bloß auf Rechtsſätze oder Meinungen des Zeugen ſtatt auf Thatſachen gehen; desgleichen die,

6) Beabſichtigt der Produkt, einen Gegenbeweis durch Urkunden zu führen, und deren Aechtheit durch Zeugen herzuſtellen, ſo ſoll er das hiefür geeignete Verfahren rechtzeitig und gehörig veranlaſſen, nicht aber die deßfallſigen Schritte in den Zeugenbeweis ſeines Gegners einſchwärzen. Fragſtücke in Bezug auf bereits produzirte Urkunden zu ſtellen, iſt nicht unſtatthaft. S. oben Nr. 4.

7) Betrifft jedoch das Fragſtück das Zeugenverhältniß zur vorliegenden Rechtsſache, ſo kann es nicht verworfen werden, weil etwa der Zeuge bei der Beantwortung indirekt betheiligt iſt. Dies folgt aus der Zuläſſigkeit der Ausſagen indirekt betheiligter Zeugen.

welche die Fassungskraft des Zeugen übersteigen, oder verfänglich sind d. h. alle unbestimmte, vieldeutige, verschiedene Umstände zugleich umfassende Fragen, so wie solche, wobei vorausgesetzt wird, als habe der Zeuge bereits etwas anderes ausgesagt, was er entweder in Abrede gestellt oder worüber er wenigstens noch nichts ausgesagt hat [8]).

Sind die Zeugen aus Versehen über die eingereichten Fragestücke nicht vernommen worden, so muß auf Begehren der treffenden Parthei die Vernehmung wiederholt und der Abgang ersetzt werden. Jedoch leidet dies eine Ausnahme, soferne die treffende Parthei dem Zeugenverhör selbst beiwohnte (§. 16), ohne etwas zu erinnern.

Uebrigens ist der Richter befugt, auch von Amtswegen an die Zeugen alle diejenigen allgemeinen oder besonderen Fragen zu stellen, welche zur Aufklärung über die Glaubwürdigkeit der Zeugen [9]) und zur Erforschung der gründlichen Wahrheit dienlich sind (vgl. §. 16 unten).

II.

Die Gerichtsordnung räumt dem Richter die Befugniß ein, auch an die Partheien in jeder Lage des Prozesses zum Zwecke der besseren Aufhellung des Faktums und gründlicheren Erforschung der Wahrheit spezielle Fragen zu stellen.

Diese in der Praxis leider zu selten geübte Befugniß [10]) geht

1) nur auf Hebung von Mißverständnissen, Aufhellung eines verworrenen Faktums, auf Ausmittlung der richtigen Auslegung zweifelhafter Stellen der Partheivor-

8) Strafgesetzbuch Th. II Art. 182.

9) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 46. Mit bloßem Ja oder Nein sollte sich der Richter nie begnügen.

10) Bl. f. RA. Bd. IV S. 241—248, 268—272.

träge, oder Feststellung des status causae et controversiae, keineswegs aber darauf, durch Fragen nach Art des Untersuchungsprozesses, Thatsachen aktenmäßig zu machen, welche in den bisherigen Verhandlungen noch nicht vorkamen, oder ein Geständniß über Thatumstände zu erzielen, welche in den Verhandlungen abgeleugnet worden sind. An der Grundlage der bisherigen Verhandlungen darf nichts verrückt werden.

2) Nur den Dikasterien — d. h. den Obergerichten ist dieses Fragerecht eingeräumt, welche davon sowohl in den durch ein Rechtsmittel an sie erwachsenen als in den in erster Instanz vor ihnen verhandelten Sachen Gebrauch machen können [11]).

3) Wenn die erste monitorische Ladung zur Beantwortung ohne Erfolg geblieben ist [12]), so wird eine zweite mit dem Präjudiz erlassen, daß der Richter außerdem die (bestimmt anzugebende) — jetzt schon aus Gründen

11) Von einer die Befugniß der Fragestellung ergänzenden Richteramtsthätigkeit, der Wiederaufhebung des Aktenschlusses von Seite der Untergerichte, wird unten zu Kap. XIV §. 2. die Rede seyn.

12) Dies steht mit der Vorschrift des §. 29 der Nov. von 1837 nicht im Widerstreite. Denn diese Vorschrift kann nur da ihre Wirkung äussern, wo die Nichtbefolgung einer richterlichen Aufforderung entweder vom Gesetze selbst oder doch in dem betreffenden Dekrete mit einem Rechtsnachtheile bedroht ist. Es wäre aber sehr verkehrt, schon die erste Aufforderung der Parthei zur Beantwortung der von Amtswegen zur besseren Erforschung der Wahrheit für nöthig erachteten Fragen mit Androhung eines Rechtsnachtheils ergehen zu lassen, indem eben dadurch die Erreichung des Zwecks, nämlich eine unbefangene wahrheitsgemäße Beantwortung, gewöhnlich vereitelt werden würde. — An ausserordentliche von Amtswegen vorzunehmende Zwischenhandlungen, wie die hier erörterte richterliche Fragestellung, war bei Abfassung des §. 29 nicht gedacht worden.

der Wahrscheinlichkeit als richtig erscheinende Deutung der anfzuhellenden Erklärung, oder eine gewisse (gleichfalls bestimmt anzugebende) Auffassung der im Trüben liegenden Streitfrage dem Urtheil unterstellen werde.

4) Dem Gegner des zu Fragenden ist von der Fragestellung und der Antwort Kenntniß zu geben. Eine nachträgliche Verhandlung über die rechtliche Wirkung der Antwort ist unnöthig, wenn durch dieselbe diejenige Auffassung der Streitfrage, welche der Gegner bereits seinen früheren Rechtsausführungen zu Grunde legte, nur bekräftigt wurde; außerdem kann sie nicht umgangen werden.

§. 16.

Von dem Zeugenverhöre.

In dem Termine zur Zeugenvernehmung, zu welchem beide Partheien zu laden sind [1]), hat der Richter zuvörderst die Zeugen der besonderen Pflicht, mit welcher sie etwa einem von beiden Theilen notorisch zugethan sind, für den gegenwärtigen Akt zu entbinden [2]), hierauf den Beeidigungsakt mit sämmtlichen Zeugen nach Maßgabe der in §. 14 erörterten Vorschriften vorzunehmen. Sodann

1) Ist diese Ladung unterblieben, so ist die, wenn gleich eidlich geschehene, Abhör der Zeugen nichtig, und muß auf Verlangen der Parthei wiederholt werden. Die Nichtigkeit ist aber eine heilbare, und wenn die Parthei zum Erkenntnisse submittirt, ohne die Wiederholung des Zeugenverhörs zu verlangen, oder auch nur gegen das Dekret, durch welches sie von dem geschehenen Vernehmungsakte Kenntniß erhält, nicht rechtzeitig Verwahrung einlegt, so liegt hierin ein Verzicht auf die Anwesenheit bei dem Zeugenverhör, vgl. §. 14 Note 8 oben.

2) Die begründete Exceptionsmäßigkeit wird dadurch nicht aufgehoben. Anmerk. ad h. loc. lit. a.

wird ein Zeuge um den andern, in Abwesenheit der übrigen vernommen [3]); den Partheien wie ihren Anwälten ist gestattet, bei der Zeugenvernehmung gegenwärtig zu seyn [4]).

Die Vernehmung geschieht zuerst über die Generalfragen, sodann über die Beweisartikel und besonderen Fragestücke nach der Ordnung, wie sie von den Partheien übergeben wurden.

Wenn der Artikel oder das Fragestück mehrere Umstände in sich enthält, so hat der Richter einen jeden besonders beantworten und was in des Zeugen Antwort sowohl auf die Artikel als Fragestücke dunkel, zweifelhaft, zweideutig oder widersprechend erscheint, aufklären zu lassen. Ueberhaupt dürfen während der Vernehmung der Zeugen, jedoch immer erst nach erfolgter Antwort auf die vorgelegte Frage, sowohl der Richter als die Partheien außer den ursprünglich gestellten noch alle diejenigen Fragen stellen, welche zur Aufklärung über die Glaubwürdigkeit der Zeugen als nöthig erscheinen.

Ausserdem sind alle Fragen zulässig, die entweder aus dem Beweissatze entnommen sind, oder Thatumstände betreffen, welche die Rückerinnerung des Zeugen selbst lebhafter zu machen, oder dessen Aussagen an andern Beweismitteln oder an Aussagen anderer Zeugen zu prüfen dienen können.

Die Zeugen dürfen in ihren Erklärungen niemals unterbrochen, auch von den Partheien die Fragen an die Zeugen anders nicht als durch den Richter gestellt werden.

Der Richter kann die Zuwiderhandelnden aus dem

3) Entferntere werden vor den Näheren, Aeltere vor den Jüngeren vernommen. v. Stürzer S. 643.

4) Ges. v. 17. Nov. 1837. §. 46.

Gerichtszimmer wegweisen, vorbehaltlich der Verhängung einer Geldstrafe von 5 bis 50 fl. [5]).

Die Aussage eines jeden Zeugen ist, soviel möglich, mit seinen eigenen Worten, und zwar so, daß der Zeuge selbst als redend aufgeführt wird, zu Protokoll niederzuschreiben; nach geendigter Vernehmung ist das Protokoll mit Fragen und Antworten dem Zeugen vorzulesen und von ihm, oder statt seiner durch einen Anderen [6]) unterzeichnen zu lassen.

Die Partheien sind berechtiget, ehe dem Zeugen seine Aussagen vorgelesen werden, zur Erläuterung einzelner bestimmt zu bezeichnender Punkte auf weiteres Befragen desselben anzutragen [7]), wonach sodann das Protokoll vervollständigt wird.

Tauben oder stummen Zeugen dürfen die Fragen schriftlich zur schriftlichen Beantwortung bei Gericht vorgelegt werden. Bei Personen, welche der Landessprache nicht kundig sind, ist ein beeidigter Dollmetscher beizuziehen, und jede Frage und Antwort sowohl in der Ursprache als in der vom Dollmetscher gemachten Uebersetzung zu Protokoll zu bringen.

Ein besonderes Geberdenprotokoll ist nicht mehr gebräuchlich; jedoch hat es der Richter am Schlusse des Hauptprotokolles zu bemerken, wenn der Zeuge bei seiner Vernehmung ein zurückhaltendes, unsicheres Benehmen, oder Uebertreibungen, Leidenschaftlichkeit u. dgl. zeigt.

Ist einer der vorgeladenen Zeugen nicht erschienen, so ergeht nach Maßgabe der Erörterung in §. 8 oben

5) Angef. Ges. §. 46.

6) Vergl. hierüber Kommentar Bd. II S. 175.

7) Angef. Gesetz a. a. O. Wie zu verfahren, wenn sich zwischen den Aussagen mehrerer Zeugen Widersprüche ergeben — s. unten §. 20.

eine schärfere Ladung an denselben, und zwar zur sofortigen oder doch, wo nicht besondre Hindernisse obwalten, zur Erscheinung auf den nächsten Tag, indem darauf Bedacht zu nehmen ist, keine Unterbrechung zwischen der Vernehmung der mehrern Zeugen eintreten zu lassen.

Standesherren, Reichsräthe, Staatsbeamte der ersten und zweiten Rangklasse sind in ihrer Wohnung zu vernehmen[8]), ebenso Personen, die Alter oder Kränklichkeits halber sich nicht zu Gericht begeben können.

§. 17.

Wie die Aussage beschaffen seyn müsse, wenn sie beweisen soll [1]).

Soll eine Zeugenaussage vollkommen beweiskräftig seyn, so muß sie

1) zur Hauptsache gehörig seyn d. h. den Beweissatz im Ganzen oder einzelne Umstände desselben unmittelbar oder mittelbar betreffen;

2) deutlich und bestimmt seyn. Für die rechtliche Wirksamkeit gilt es gleichviel, ob man gar nicht oder nicht deutlich genug antwortet. An diesem Erfordernisse fehlt es bei dunklen, zweifelhaften, zweideutigen, schwankenden, zu allgemeinen Angaben, sofern der Mangel nicht in der Beantwortung der speziellen, auf Antrag des Gegners oder von Amtswegen gestellten, Fragen gehoben wurde. — Wenn der Zeuge nur die allgemeineren Artikel, (z. B. Wahr, daß Zeuge von dem (bezeichneten) Verhältnisse Kenntniß habe) auf eine schwankende, zweideutige Weise beantwortet [2]), sich aber auf die folgenden Arti-

8) Resk. v. 31. Okt. 1818. Nov. zur GB. Bd. III S. 194.

1) Vgl. Gesterding Ausbeute aus Nachforschungen Bd. I S. 161, 210.

2) z. B. in folgender Art: „er habe allerdings Wissenschaft davon, aber ob er über alle Umstände ganz genaue und richtige Rechen-

Artikel, welche die einzelnen Umstände des zu erweisenden Verhältnisses enthalten, klar, fest und bestimmt erklärt hat, so kann man wegen jenes Schwankens, jener Unbestimmtheit, die Wirksamkeit dieser festen, bestimmten Aussagen noch nicht für geschmälert halten. Denn der Zeuge, der eben erst, unter Androhung zeitlicher und ewiger Strafen, mit religiöser Feierlichkeit beeidigt wurde, scheint durch jene unsichern ausweichenden Antworten nur sein Gewissen von dem Vorwurfe einer etwa nicht ganz richtigen Aussage verwahren zu wollen. Er ist ängstlich besorgt, nicht im geringsten mehr zu sagen, als er bestimmt weiß, und ist eben deßwegen in Rücksicht desjenigen, was er bestimmt und fest aussagt, vollkommen beweiskräftig [3]). Diese Erwägung führt uns zu dem von der Gerichtsordnung unter

3) aufgestellten Erfordernisse, der Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen. An dieser gebricht es überall, wo man von besonderen Umständen auf einen Mangel entweder der Fähigkeit [4]) oder des Willens, die Wahrheit zu sagen, schließen kann. Sind insbesondre Gründe vorhanden, die Auffassungsgabe des Zeugen oder die Treue seines Gedächtnisses zu bezweifeln, so steht dies natürlich der Glaubwürdigkeit seiner Aussage im Wege. Widersprüche, wechselnde Angaben und Widerrufe des Vorhergesagten, Einstreuungen offenbarer Unwahrheiten — lassen, wo nicht auf wahrheitswidrigen Willen, doch auf mangelhafte Fähigkeit schließen.

Rechenschaft zu geben sey, das könne er nicht verbürgen: — er sey allerdings dabei gewesen, habe aber, so wie er meine, nicht ganz genau Acht gegeben, — er zweifle, ob er seinem Gedächtnisse vollkommen trauen dürfe" u. dgl.

3) Seuffert gesammelte rechtswissensch. Abhandl. S. 153—6.

4) Hieher gehört es auch, wenn der zur Wahrnehmung erforderliche Sinn bei dem Zeugen zwar nicht fehlt, aber bedeutend geschwächt ist.

Bayerische Staatsbibliothek München

Kreittmayr unterscheidet, ob dergleichen Fehler in wesentlichen Punkten oder nur in Nebenumständen vorkommen; dort soll die Aussage völlig unwirksam, hier nur als verdächtiges Zeugniß wirksam seyn. Allerdings ist dieser Unterschied für das richterliche Ermessen von Bedeutung; allein dieses auf die angegebene Weise zu beschränken, scheint unzulässig [5]). Es kommt vielmehr hauptsächlich darauf an, welche Aufklärung, durch die bei solchen Vorkommnissen überall zu stellenden speziellen Fragen [6]), über die Widersprüche, den Wechsel, die offenbaren Unwahrheiten erzielt wurde. War dieses Streben nach befriedigender Aufklärung erfolglos, oder besteht die Aufklärung gerade nur in Erhebung von Gründen, Mangelhaftigkeit der Auffassungsgabe des Zeugen, Unsicherheit seines Gedächtnisses, oder gar wahrheitswidrigen Willen anzunehmen, so kann das Ergebniß völlige Aufhebung der Glaubwürdigkeit auch in dem Falle seyn, wenn die Fehler, welche die Nachforschung veranlaßten, nur bei der Aussage über Nebenumstände vorgekommen waren. Auf der andern Seite hindert das Vorkommen von Widersprüchen oder wechselnden Angaben über wesentliche Punkte den Richter keineswegs, der spätern berichtigten Angabe Beweiskraft, wenn auch meistens nicht volle, beizumessen, wenn die Fragestellung positive Gründe für die Glaubwürdigkeit derselben zu Tage gefördert hat, wenn z. B. vorliegt, daß die Erinnerung des Zeugen bei der ersten Angabe in der Beantwortung des Artikels noch umschleiert war, dieser Schleier aber durch die speziellen Fragen über einzelne Umstände völlig

5) Es läßt sich keine Gesetzstelle dafür anführen. Wenn es in cap. 9 X de probat. (2, 19) heißt: „plures tamen illorum (testium) reprobantur: quia sibi invicem evidentissime contradicunt," so paßt dies nicht hieher, weil da von Widersprüchen unter mehreren Zeugen die Rede ist. — Vgl. fr. 2 mit fr. 3 §. 1, 2 de testibus (22, 5).

6) S. oben §. 15, 16.

Bayerische Staatsbibliothek München

gehoben wurde, und nun der Zeuge als Gewähr für die Wahrheit der berichtigten Angabe sichre Erinnerungsmerkmale bezeichnet [7]). Meldet sich der Zeuge nach dem Schlusse des Verhörs zu einer Verbesserung seiner Aussage, so sind auch bei der nachträglichen Vernehmung die in §. 16 dargelegten Vorschriften anzuwenden.

Daß ein zurückhaltendes, Mentalreservationen verrathendes, oder partheiisches, leidenschaftliches Benehmen den Zeugen verdächtig macht, versteht sich von selbst; auch Einstreuen von Raisonnements kann die Glaubwürdigkeit schwächen, insofern sich dadurch eine partheiische Theilnahme kund giebt. — Da ferner die volle Glaubwürdigkeit eines Zeugen durch die genaue Beobachtung der für die Beeidigung und Vernehmung vorgeschriebenen Regeln bedingt ist, so folgt, daß ein Zeugniß, bei dessen Erhebung in dieser Hinsicht etwas versäumt wurde, nur eine mangelhafte Beweiskraft habe [8]).

Das Zeugniß soll

4) auf eignes gutes Wissen gegründet seyn. — Ein Zeugniß, wovon der Grund der Wissenschaft nicht erhellt, ist völlig unwirksam; darum ist jeder Zeuge, der ihn nicht selbst angiebt, darüber von Amtswegen zu befragen [9]). — Ein gutes Wissen ist nicht, dessen Zuverlässigkeit der Zeuge selbst in Zweifel stellt, indem er die Aussage mit dem Vorbehalte macht: „sofern mein Gedächtniß nicht trügt" — „wenn ich mich nicht irre" — „wenn

7) Ganz natürlich ist es, daß man sich nicht sogleich bei der ersten Anregung des Gedächtnisses über eine längst vergangne Thatsache aller dabei vorgekommenen Umstände mit Sicherheit erinnert, sodann aber durch die Erwähnung einzelner Umstände Alles, was und wie es sich zugetragen, wieder anschaulich vor die Seele tritt, so daß darüber gründliche, klare Rechenschaft gegeben werden kann.

8) Kreittmayr zu d. §en lit. c.

9) S. oben §. 16.

ich die Sache richtig aufgefaßt habe." — Ein Zeugniß, welches blos auf Meinen und Glauben beruht, kann nur bei alten längstvergangenen Dingen einige (adminiculirende) Beweiskraft äussern [10]). — Versichert der Zeuge, daß etwas nicht geschehen sey, so beruht die Aussage nur insofern auf gutem Wissen, als es sich von einem zu einer bestimmten Zeit an einem gewissen Orte geschehenen Vorgang handelt, welcher dem anwesenden Zeugen nicht hätte entgehen können. Eine solche beweiskräftige Versicherung des Nichtseyns einer Thatsache kann auch in der Antwort „davon weiß ich nichts" liegen, wenn nämlich der Zeuge davon, wäre es geschehen, wissen müßte [11]). —

Das eigne Wissen fehlt, wenn der Zeuge die Sache, welche zu beweisen, nicht mit eignen Sinnen wahrgenommen hat, sondern nur angiebt, was er von andern Personen darüber gehört hat (Zeugniß von Hörensagen) [12]). Einem solchen Zeugnisse kommt der Regel nach einige (beihelfende) Beweiskraft nur unter der Voraussetzung zu, wenn die Personen, deren Aeusserungen der Zeuge mittheilt, namhaft gemacht, als glaubwürdig und

10) Kreittmayr zu d. §en lit. d.

11) Bei allen Antworten dieser Art z. B. „das habe ich nicht gehört, resp. gesehen," ist durch geeignete Spezialfragen festzustellen, ob der Zeuge nur ein Nichtwissen, etwa wegen mangelhafter Aufmerksamkeit, wegen obwaltender Hindernisse der Auffassung oder mangelnder Erinnerung, oder ob er ein bestimmtes Negiren, eine Versicherung des Nichtseyns im Sinne habe.

12) Nicht zu verwechseln mit dem Zeugniß über das mit eignen Ohren Wahrgenommene, wenn es sich von einer Thatsache handelt, welche gerade mit diesem Sinne aufzufassen war z. B. von einer mündlichen Erklärung. — Zur vollen Gewißheit über die Identität der Personen muß aber ein solches Zeugniß zugleich auf dem Gesichte beruhen. Kreittmayr a. a. O. lit. d a. E.

zuverlässig bekannt, und selbst nicht mehr, weil sie etwa gestorben oder verschollen, zu vernehmen sind [13]). Ausnahmsweise kann nach besondern gesetzlichen Vorschriften das Zeugniß vom Hörensagen zur Erbringung vollen Beweises dienlich seyn, wo es gerade Aufgabe der Beweisführung ist, die Ueberlieferungen früherer Generationen darzuthun, wie bei dem Beweise einer Gewohnheit oder der Unvordenklichkeit eines Zustandes [14]).

Damit ein Zeugniß zur Erbringung vollständigen Beweises diene, muß dasselbe

5) mit einem andern Zeugniß dergestalt gleichförmig seyn, daß ein Zeuge wenigstens mit noch einem Zeugen über das, was zu beweisen ist, in seiner Aussage einstimmig sey.

Eine solche Einstimmigkeit in der Aussage ist nicht vorhanden, wenn die mehrern Aussagen verschiedne, obwohl in einander passende, zusammentreffende, sich ergänzende, Thatumstände betreffen; z. B. der Zeuge bezeugt eine Besitzhandlung aus dem Monat Januar, der Zeuge B eine gleiche aus dem Februar, der Zeuge C aus einem folgenden Monate. Darum kann nach der bestimmten Vorschrift des Gesetzes im Falle der s. g. singularitas testium adminiculativa niemals vollständiger Beweis angenommen werden, sollten auch die adminiculirenden Zeugnisse noch so zahlreich seyn, und noch so gut in einander greifen. Das Gesetz hat hier dem richterlichen Ermessen d. h. der Wirksamkeit subjektiver Ueberzeugung eine Schranke gesetzt [15]).

13) Kreittmayr zu dieser Stelle (lit. d in fine).

14) Nach Vorschrift des LR. Thl. I Kap. IV §. 9 Nr. 7 können auch bei dem Beweise der Verwandtschaft Zeugnisse vom Hörensagen nach Umständen für hinlänglich erachtet werden.

15) Kreittmayr neigt sich zwar zu der Ansicht, daß man dem richterlichen Ermessen in solchem Falle auch die Annahme

§. 18.

Von dem Zeugenrotulus und der Publikation [1]).

(Hier auch von den Disputirsätzen).

Nach Vernehmung sämmtlicher Zeugen wird den anwesenden Partheien zu Protokoll, den abwesenden durch ein richterliches Dekret eröffnet, daß die Vernehmungsprotokolle nunmehr bei den Akten liegen. Hierdurch erhalten sie das Recht, dieselben einzusehen, sich daraus die nöthigen Auszüge zu machen, oder davon eine Abschrift zu verlangen [2]). Von dem Tage dieser Eröffnung oder der Insinuation des fraglichen Dekretes an gerechnet kann jede Parthei über die Beweisführung [3]) innerhalb eines nicht zu verlängernden Termins von dreißig Tagen eine Deduktion übergeben, welche ohne Schriftenwechsel bloß beiderseitig zur Nachricht mitzutheilen ist [4]).

Die Schrift des Produzenten (Salvationsschrift) hat den Zweck die Beweisführung als völlig gelungen oder doch zum Erfüllungseide hinreichend, im ungünstigsten Falle als nicht völlig mißlungen und zum Reinigungseid des Gegners Anlaß gebend — darzustellen. Zu dem Ende wird darin der Beweissatz zergliedert und dessen wahrvollen Beweises freilassen müsse; getraut sich aber doch nicht, diese Ansicht bestimmt auszusprechen.

1) Die Bestimmungen dieses §en sind durch die Vorschriften der neuern Gesetze antiquirt.

2) Den Advokaten durch ihre Schreiber Abschrift von dem Vernehmungsprotokolle nehmen zu lassen, sind die Gerichte nicht verbunden. Bl. f. RA. Bd. II S. 296.

3) Auch Ausführungen über materielle Rechtssätze können in den Deduktionsschriften vorkommen, z. B. wenn bei Realklagen das Daseyn des Rechtes im Allgemeinen zum Beweise ausgesetzt worden, oder wenn sonst der (ungeeignet abgefaßte) Beweissatz einen Rechtsbegriff enthält, z. B. darauf geht, die Bescholtenheit der Klägerin zu beweisen.

4) Prozeßnovelle vom 22. Juli 1819 §. 15.

rer Sinn dargelegt. Hiernächst wird, wo solches erforderlich erscheint, die Beobachtung der Förmlichkeiten der Beweisaufnahme gezeigt, die Glaubwürdigkeit der einzelnen Zeugen, mit Bekämpfung und Widerlegung der etwa entgegengesetzten Einreden ins Licht gestellt, sodann die Relevanz der einzelnen Zeugenaussagen und deren Diensamkeit zur Erbringung des obliegenden Beweises nachgewiesen.

Endlich wird dargethan, wie die Aussagen der einzelnen Zeugen sich wechselseitig unterstützen [5]) und in einander greifen, um das ganze Beweisthema zu erschöpfen.

Die Bitte wird, nach dem Resultate der Beweisführung, auf Erlassung eines günstigen Definitiverkenntnisses oder auf Zuerkennung eines nothwendigen Eides gerichtet.

Die Schrift des Produkten (Impugnationsschrift) hat den Zweck, die Beweisführung als gänzlich mißlungen, oder als nur so weit gelungen darzustellen, daß auf den Reinigungseid und im widrigsten Fall auf den Erfüllungseid zu erkennen sey. Nach dem bemerkten Zweck und mit Rücksicht auf das, was so eben über den Gang der Deduktionsschrift vorgetragen worden ist, ergeben sich die näheren Regeln für die Abfassung der Impugnationsschrift von selbst.

In derselben werden zugleich die in der Erklärung auf die Beweisantretung vorgebrachten Einreden gegen die Personen der Zeugen näher erörtert, die blos vorbehaltenen näher vorgebracht und begründet, und jene, welche sich erst bei der Beweisführung selbst ergeben haben,

5) Sind neben den Zeugen noch andere Beweismittel produzirt worden, so wird deren formelle Gültigkeit und innere Glaubwürdigkeit, so wie die Relevanz ihres Ergebnisses an sich und im Zusammenhang mit den Zeugenaussagen geeignet erörtert.

(§. 12 Not. 2 oben) an- und ausgeführt. Hat der Produkt eine Gegenbeweisführung unternommen, so sucht die Impugnationsschrift die Resultate derselben als günstig darzustellen, wohingegen der Produzent in der Salvationsschrift deren Mißlingen ausführt. — Auch die Deduktionen über den etwa geführten indirekten Gegenbeweis werden in denselben Schriftsätzen, jedoch in gesonderten Abschnitten vorgetragen.

Bei dem summarischen Zeugenbeweise kommen Deduktionsschriften nicht vor, eben so wenig bei Beweisführungen ohne Zeugen.

Kommt es zur Erstattung eines schriftlichen Vortrags über einen ordentlichen Beweis durch Zeugen, so liegt dem Referenten die Fertigung eines Zeugenrotuls ob, d. h. einer übersichtlichen Zusammenstellung alles desjenigen, was mehrere Zeugen über den nemlichen Artikel oder dasselbe Fragstück ausgesagt haben [6]).

§. 19.

Ob noch ein weiteres Zeugenverhör nach der Publikation zugelassen werde.

Nach dem, was oben zu Kap. IX §. 11 über die peremtorische Natur der Beweis- und Gegenbeweisfrist bemerkt worden ist, können keine andere Zeugen vernommen werden, als die innerhalb des Beweistermins benannt worden sind, es sey denn

1) daß im Wege der Restitution die Zulässigkeit der Vernehmung neuer Zeugen bewirkt [1]), oder

2) einer der vorgeschlagenen Zeugen noch vor seiner Vernehmung gestorben ist, in welchem Falle statt dessen

6) Kreittmayr in den Anmerk. lit. d. Vgl. Verordn. vom 2. Febr. 1830 (s. g. Lichtmeßverordnung) lit. A, g.

1) Blätter für RA. Bd. VI S. 269.

ein oder auch mehrere andere Zeugen benannt werden können.

Ist bei der Zeugenvernehmung unförmlich verfahren worden, so ist das Verhör zu wiederholen, wozu beide Partheien monitorisch zu laden sind [2]).

Wenn die Aussagen des Zeugen bei der zweiten Vernehmung mit der ersten nicht einstimmig ist, so soll der Richter keiner von beiden Glauben beimessen. Jedoch ist dies — zufolge der in §. 17 erörterten Grundsätze — nur von denjenigen Widersprüchen zu verstehen, für welche keine befriedigende Aufklärung gegeben wird.

§. 20.

Von widersprechenden Zeugen und deren Beweiskraft.

Ergeben sich zwischen den Aussagen mehrerer Zeugen Widersprüche, so soll der Richter diese Widersprüche sowohl von Amtswegen als auf Antrag der Partheien durch wiederholte Fragen an die Zeugen zu heben trachten. Läßt sich der Widerspruch auch dadurch nicht heben, so darf er „nach Befund der Umstände und Beschaffenheit der Verhältnisse“ [1]) auch zur gleichzeitigen Vorrufung und Befragung der einander widersprechenden Zeugen schreiten [2]).

2) Die Bestimmung der GO.: „Der Richter soll dieses den Theilen zeitlich notifiziren, damit sie allenfalls ihre vermeinte Beschwerde höherer Orten dagegen einreichen können“ — ist durch die neuere Gesetzgebung dahin modifizirt, daß gegen das Dekret, welches die Wiederholung einer Zeugenvernehmung anordnet, vorerst nur Verwahrung stattfindet.

1) Auf diese scheinbar beschränkenden Gesetzesworte ist kein Gewicht zu legen; sie geben nur Zeugniß von der Aengstlichkeit, mit welcher man an die Einführung einer solchen Neuerung gieng.

2) Gesetz v. 17. Nov. 1837 §. 47.

Solche Versuche, die Widersprüche unter mehrern Zeugenaussagen zu heben, können auch noch nachträglich vorgenommen resp. angeordnet werden, wenn der Richter auf das Daseyn derselben, etwa erst durch die Disputirsätze oder bei Bearbeitung der zum Spruche vorgelegten Sache aufmerksam wird. Auch noch in der Berufungsinstanz ist die Anordnung einer solchen Instruktionsverbesserung zulässig. Immer aber müssen die Partheien dazu geladen werden.

Für diejenigen Fälle, in welchen die Hebung der Widersprüche nicht gelang, gelten folgende Vorschriften des §. 20:

„Der Richter hat

„1) zu sehen, ob der Widerspruch nur Nebenumstände, oder die Hauptsache selbst betrifft. Im „ersten Falle wird seinem Ermessen heimgestellt, ob, „und in wie weit er ein solches widersprochenes Zeugniß „sowohl auf der einen als der andern Seite für kräftig „halten wolle, oder nicht, besonders wenn die Nebenumstände in solchen Kleinigkeiten und Sachen bestehen, „welche man eben nicht allezeit so genau zu beobachten, „oder auch leicht wieder aus dem Gedächtnisse zu lassen „pflegt. Im andern Falle aber ist zuvörderst

„2) auf die Qualität, und alsdann auf die Anzahl der Zeugen zu sehen. Untüchtige Zeugen, soviel „ihrer immer sind, schwächen die Aussage eines tüchtigen „und exceptionsfreien Zeugen, wenn sie mit ihm in „Widerspruch stehen, niemals so weit, daß seine Aussage nicht dennoch ihren sonst gewöhnlichen Effekt hätte. „Wie weit ihm aber

„3) zu glauben sey, wenn ihm zwar keine untüchtigen, aber doch exceptionsmäßige Zeugen entgegen stehen, kommt auf richterliches Gutdünken an, dergestalt, „daß in einem solche Falle bald dem juramento supple-

„torio, bald dem purgatorio nach Gestalt der Dinge „und Umstände Statt gegeben werden kann."

Zur Bestimmung des richterlichen Ermessens kommt die größere oder geringere Stärke des Grundes der Exceptionsmäßigkeit (s. oben §. 12 Nr. 4 lit. c), und überhaupt Alles in Betracht, was auf die Glaubwürdigkeit eines Zeugen Einfluß hat (s. oben §. 17 Nr. 3). Nebstdem ist hier auch die Zahl der einander gegenüber stehenden Zeugen von Gewicht. Stehen mehrere exceptionsmäßige Zeugen gegen einen exceptionsfreien, so kann dadurch die Aussage des letzteren völlig wirkungslos gemacht werden. Die übereinstimmende Aussage zweier klassischen Zeugen wird schon durch die entgegenstehende Aussage eines nicht ganz unglaubwürdigen Zeugen so weit geschwächt, daß voller Beweis nicht mehr vorhanden ist; kollidiren mit derselben mehrere exceptionsmäßige Zeugnisse, so entscheidet richterliches Ermessen, ob das Daseyn einer halben Probe, resp. mehr oder weniger anzunehmen sey. Sind auf der einen Seite drei oder mehr klassische Zeugen, auf der andern nur exceptionsmäßige, so kann sich das richterliche Ermessen für die Annahme einer vollständigen Probe entscheiden, sollten auch letztere der Zahl nach überwiegen; indem das Gewicht, welches noch so vielen exceptionsmäßigen Zeugen beizulegen, überall auf richterlichem Ermessen beruht. — Im Falle endlich

„4) die einander widersprechenden Zeugen der Quali„tät nach gleich [3]) und alle unmangelhaft sind, so kommt „es auf die Zahl an, so daß

„5) ein einzelner Zeuge den andern widersprechen„den Zeugen, und eben so auch mehrere einzelne

3) Sind sämmtliche vernommene Zeugen exceptionsmäßig, so kann auf keinen Fall vollständiger Beweis angenommen werden, sondern nur unvollständige Probe, oder völlige Entkräftung der gelieferten Beweise.

„widersprechende Zeugen, so viel deren im„mer sind, gänzlich einander entkräften, folglich keiner „von ihnen etwas beweisen kann.“

Die durch Sperrschrift hervorgehobene Stelle betrifft den Fall, wenn von mehrern Zeugen jeder den fraglichen Thatumstand auf eine von der Aussage der andern wesentlich verschiedne Weise erzählt. Stehen nun der übereinstimmenden Aussage zweier Zeugen der einen Seite auf der andern mehrere entgegen, welche wie mit jener, so auch unter sich im Widerspruche sind [4]), so wird erstere durch letztere, welche sich gegenseitig entkräften, in ihrer Beweiskraft nicht gemindert.

„Wenn aber

„6) ein einzelner Zeuge zwei andern unter sich „gleichförmigen widerspricht, so werden diese nur zur „Hälfte entkräftet, und machen demnach einen halben „Beweis. Drei oder mehr gleichförmige hingegen wider „einen einzigen, beweisen ganz und vollständig.“

„7) Wenn zwei oder mehr gleichförmige gegen zwei „oder mehr dergleichen stehen, so ist weder auf die An„zahl noch Würde derselben, sondern lediglich auf die „Wahrscheinlichkeit der Aussagen zu sehen, mithin sind „jene, welche am wahrscheinlichsten deponiren, „oder, wenn sie auch darin gleich sind, die zu Guten „des beklagten Theils deponirenden Zeugen den andern „vorzuziehen.“

Die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit dieser oder jener Aussagen kann darauf beruhen, daß diese oder jene Zeugen bessere oder weniger gute Gelegenheit hatten, von der fraglichen Thatsache genaue Kenntniß zu erlangen; oder daß die auf der einen Seite stehenden Zeugen durch die Genauigkeit, Umständlichkeit, den in-

4) Kreittmayr lit. d „von einschichtigen widrigen Zeugen“

nern Zusammenhang ihrer Aussagen, durch das darin erkennbare Gepräge persönlicher Zuverlässigkeit etwas vor den andern voraus haben. Alle Momente, in welchen sich eine besondere Gewähr der Glaubwürdigkeit darstellt, sind bei Feststellung des richterlichen Ermessens zu beachten. Das Ergebniß wird aber in solchen Fällen, wie v. Stürzer [5]) richtig bemerkt, immer nur die Annahme der Zweifelhaftigkeit der Sache, des Daseyns einer unvollständigen Probe seyn können, daher die Zuerkennung eines nothwendigen Eides eintreten müssen.

Bei völliger Gleichheit aller sonstigen Gründe für und wider ist der Ausschlag zu Gunsten des Beklagten zu geben.

§. 21.

Von dem Beweise zum ewigen Gedächtniß [1]).

Unter dem Beweise zum ewigen Gedächtniß versteht die Gerichtsordnung denjenigen, welcher noch vor der Kriegsbefestigung aufgenommen wird. Daraus folgt jedoch nicht, daß eine solche Anticipirung der Beweisaufnahme nur vor der Kriegsbefestigung und nicht auch nach derselben statt habe [2]).

Jedoch ist, wenn die Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtniß vor der Kriegsbefestigung begehrt wird, der Beklagte vor dem Kläger in so ferne begünstigt, daß dem deßfallsigen Begehren des Klägers, von dessen Willkühr es in der Regel abhängt, zu klagen, wann er will, nur alsdann willfahrt werden darf, wenn er bescheinigt, daß er an rechtlicher Stellung oder Fort-

5) Civilgerichtsverfahren 651 — 2.

1) Linde Abhandlungen Bd. II S. 1.

2) Kreittmayr in der Anmerk. b zu diesem §en. Bl. f. RA. Bd. III S. 156.

setzung seiner Klage zur Zeit nicht nur gehindert, sondern auch bei längerem Anstand um die Beweismittel zu kommen in Gefahr sey [3]); während hingegen dem Beklagten, welcher die Klage erst abwarten muß, und nicht wissen kann, wann man ihn belangen, und ob er auch alsdann noch mit Beweismitteln versehen seyn werde, mit diesem Begehren vor der Kriegsbefestigung allezeit willfahret wird, und von seiner Seite die gedachte Bescheinigung wie bei dem Kläger nicht erfordert wird.

Wenn der Beklagte das Begehren um Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtniß erst nach geschehener Litiskontestation stellt, so muß er gleich dem Kläger die ihm drohende Verlustgefahr bescheinigen. Ein Zeugenverhör zum ewigen Gedächtniß muß zwar in der Regel bei dem Richter, der für die Hauptsache kompetent ist, begehrt, kann jedoch bei besonders dringender Gefahr auch bei dem Richter des Ortes, wo sich der zu verhörende Zeuge gerade aufhält, nachgesucht werden [4]).

Schwebt die Sache z. B. in Folge eines über das Interlokut ergriffenen Rechtsmittels gerade bei einem Obergerichte, so kann der Antrag auf Zeugenvernehmung zum ewigen Gedächtniß bei diesem gestellt und von ihm erledigt werden.

Mit dem Gesuch um Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtniß sind die Beweisartikel und die Benennung der Zeugen zu übergeben, welche, soferne der Richter den Antrag gehörig begründet und bescheinigt findet, dem Gegentheile mitgetheilt werden, um seine Fragestücke

3) Insbesondere wegen hohen Alters der Zeugen, oder weil sie im Begriffe sind, in einen andern Welttheil auszuwandern. — Es braucht nicht gerade eine augenblicklich dringende Gefahr zu seyn.

4) S. jedoch über die Beweiskraft eines von einem unzuständigen Richter ohne Requisition des zuständigen vernommenen Zeugen — oben §. 2.

einzureichen. Zu der Tagfahrt zur Vernehmung sind beide Partheien zu laden [5]), und es ist ihnen so wie ihren Anwälten die Gegenwart und die Fragestellung bei dem Verhör ganz in der §. 16 erörterten Weise gestattet [6]).

Das Vernehmungsprotokoll wird, der Einsicht der Betheiligten offenstehend, in der Registratur verwahrt, bis nach gestellter Klage resp. in dem künftigen Beweisverfahren davon Gebrauch gemacht wird.

Der Kläger ist längstens innerhalb Jahr und Tag von der Zeit an, wo das Verhör vorgenommen worden oder, falls das Hinderniß zur Klagestellung länger dauerte, von der Zeit an, wo dieses gehoben wurde, seine Klage zu stellen schuldig, widrigenfalls er sich des Zeugnisses nicht mehr als Beweismittel bedienen kann [7]). Dieses fällt natürlich bei dem Beklagten weg.

Wenn es dereinst zum Beweise kommt, so hängt es von der Willkühr der Parthei ab, ob sie von dem auf ihr Begehren erhobenen Beweise zum ewigen Gedächtniß Gebrauch machen, oder ihn ganz fallen lassen und ihren Beweis anderweit führen will; sie kann jedoch den Gegner nicht hindern, den gemeinschaftlich gewordenen Zeugen für sich zu benützen (s. oben §. 9).

Wird das Gesuch um Aufnahme des Beweises zum

5) Wäre eine solche Ladung wegen Dringenheit der Gefahr nicht möglich, so müßte für die abwesende Parthei ein Offizialanwalt bestellt werden. v. Stürzer S. 654.

6) Bl. f. RA. Bd. VI S. 65. — Für diese Ansicht hat sich auch der oberste Gerichtshof entschieden. OAGE. vom 7. März 1842. Nr. 435 $^{40}/_{41}$.

7) Es versteht sich von selbst, daß wenn die Gegenparthei einwilligt, das Zeugniß auch nach Verfluß dieser Zeit noch wirksam seyn kann.

ewigen Gedächtniß abschlägig beschieden, so hat dagegen eine selbständige Berufung statt [8]).

In einem solchen Gesuche ist keine Erlassung der dem Gegner obliegenden Beweislast zu finden, weil es eben so gut zur Sicherung des Gegenbeweises angebracht werden kann.

Von der Erhebung des Beweises zum ewigen Gedächtniß bei Urkunden wird unten zu Kap. XI §. 5 Nr. 10 die Rede seyn.

8) Gesetz vom 17. Nov. 1837 §. 52 Nr. 8; jedoch bei dem Daseyn zweier gleichförmigen Erkenntnisse keine selbstständige Oberberufung. Nov. cit. §. 54 Nr. 1. — S. unten Komm. zu Kap. XV §. 3 und 5 Nr. 5.

Eilftes Kapitel.

Von dem Beweise durch schriftliche Urkunden.

Eilftes Kapitel.

Von dem Beweise durch schriftliche Urkunden.

§. 1.

Von schriftlichen Urkunden überhaupt [1]).

„Das zweite Mittel, wodurch etwas bewiesen wer„den kann, sind briefliche Urkunden, zu Latein: docu„menta, welche in publica et privata, originalia et „transumta eingetheilt zu werden pflegen.“

Unter Urkunden werden in gegenwärtigem Kapitel schriftliche Aufsätze und Aufzeichnungen jeder Art verstanden. Da der Buchdruck und die Lithographie die Natur einer vervielfältigten Schrift haben, so sind auch Druck- und lithographirte Schriften den Urkunden beizuzählen. Auch die Aufzeichnungen auf Spän- und Kerbhölzern gehören hierher [2]).

1) Gönner im Handbuch Bd. II Nr. XLVI. — Spangenberg die Lehre vom Urkundenbeweise in Bezug auf alte Urkunden. 1827 in 2 Abth. — Bayer Vorträge zu Martin's §§. 205—7.

2) Von Monumenten, Denkmälern, ferner von Aichpfählen u. dgl. Wahrzeichen wird unten zu Kap. XII §. 3 die Rede seyn.

In einem engern Sinne des Wortes versteht man unter Urkunden nur die s. g. (Schuld=, Kauf=, Quittungs= u. dgl.) Briefe, welche zur Bestätigung der Vollendung einer auf Rechts=Begründung, Veränderung oder Aufhebung gerichteten Thatsache in üblicher Form ausgefertigt sind. Diese engere Bedeutung hat das Wort in dem Ausdruck: archivalische Urkunden. S. unten §. 2, I lit. f.

Nicht minder wichtig, als die in dem §. 1 bezeichneten Eintheilungen, ist der sich aus dem Inhalte der Urkunden ergebende Unterschied[3]).

Die Urkunden enthalten entweder

a) Handlungen, welche durch die Schrift vollbracht werden[4]); z. B. schriftliche Verträge, schriftliche Testamente, briefliche Willensäusserungen, schriftliche Verfügungen öffentlicher Behörden, rechtsbegründende Einträge in öffentliche Bücher, Bekanntmachungen durch Schrift

3) Vgl. Wachenhusen im Archiv für civ. Praxis Bd. XIII S. 130 f., S. 206 f.

4) Bl. f. RA. Bd. IV S. 305 f. Ueberall, wo das geltendgemachte Recht auf einer durch die Schrift vollbrachten Handlung beruht, kommt die Urkunde nicht blos als Beweismittel in Betracht, sondern zunächst als Träger derjenigen Thatsachen, aus welchen das Recht abgeleitet wird; die Urkunde ist z. B. nicht errichtet worden, um einen früher zu Stande gekommenen Vertrag oder letzten Willen gerichtlich zu erweisen, sondern Vertrag und letzter Wille sind in der Urkunde enthalten; diese ist die äussere Gestalt, in welcher jene zum Daseyn geboren wurden. Eben deßwegen kann man in allen diesen Fällen (insbesondere wo schriftliche Errichtung gesetzliche Bedingung der Wirksamkeit des Rechtsaktes ist) ganz richtig sagen: es werde aus der Urkunde geklagt; denn dieselbe d. h. der schriftlich erklärte Willensakt (oder die schriftliche Rechtsverletzung) ist hier der Klagegrund selbst, und es führt zu irrigen Folgerungen, wenn man sie nur als Mittel, den Klagegrund zu beweisen, auffassen wollte.

oder Druck, schriftliche Prozeßhandlungen oder Gutachten, schriftliche oder gedruckte Injurien; — oder

b) Bekenntnisse (Geständnisse) über vorhergegangene Thatsachen, welche dem Urheber der Urkunde zum Nachtheile gereichen und durch diese für den Urkunds-Empfänger bewiesen werden sollen, z. B. Schuldscheine, Empfangsbescheinigungen, zum Zwecke des Beweises[5]) gefertigte Vertrags-Urkunden; — oder

c) sonstige[6]) Angaben (Zeugnisse) über Thatsachen, welche entweder der Aussteller blos wahrgenommen resp. erfahren hat, oder welche von ihm selbst oder doch unter seiner Mitwirkung vollbracht wurden. Dahin gehören gerichtliche Protokolle, Kirchenbücher, von Gerichtsboten gefertigte Insinuations-Dokumente, alle Berichte über Thatsachen, das Präsentatum auf Eingaben, Aufzeichnungen in Gutsrechnungen, Handels- und andere Einschreib-Bücher, Inventare, briefliche Benachrichtigungen[7]), Annotationen der Eltern über Zuwendungen an die Kinder.

Durch Urkunden der unter lit. a bezeichneten Art wird nicht sowohl Beweis über eine vom Beweismittel verschiedene Thatsache geführt, als vielmehr diese Thatsache selbst zum Gegenstand richterlichen Augenscheins gemacht[8]). —

5) Zu unterscheiden von schriftlichen Verträgen; s. die vorige Note.

6) Auch die Bekenntnisse sind eine Art Zeugnisse im weitern Sinne des Wortes (vgl. Const. 13 de non num. pec. 4, 30). — Schriftliche Angaben über Thatsachen zum Nachtheile des Schreibers, welche zu andern Zwecken, als um dem Gegenbetheiligten etwas einzuräumen, abgefaßt wurden, gehören nicht unter lit. b, sondern unter lit. c. — Vgl. Dollmann in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 115.

7) Welche nicht Geständnisse sind.

8) Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd IV S. 394 — 6. — Wird eine Klage, Einrede u. s. w. auf Urkunden dieser Art gebaut, so ist um so mehr darauf zu bestehen, daß sie mit dem Vortra-

Bei den Urkunden lit. b beruht die Beweiskraft auf der in der Natur der Sache begründeten Glaubwürdigkeit jeder Aussage einer Person, welche sie über das Vorhandenseyn einer Thatsache zu ihrem Nachtheile in der Absicht macht, damit einen Beweis gegen sich an die Hand zu geben. — Von den urkundlichen Zeugnissen haben nur die amtlichen [9]), welche von einer öffentlichen Person über die ihr amtlich durch eigne Wahrnehmung kundgewordne Wahrheit von Thatsachen nach den darüber bestehenden Vorschriften gefertigt sind, — die Kraft vollkommenen Beweises [10]).

Auf den angeführten Merkmalen beruht die Glaubwürdigkeit des Inhalts einer Urkunde. Der Mangel dieser Glaubwürdigkeit wird durch die obrigkeitliche Beurkundung nicht gehoben noch ersetzt [11]). Das schriftliche unbeschworne Zeugniß einer Privatperson ist darum nicht vollbeweisend, weil es in einem gerichtlichen Protokolle niedergelegt, oder weil die Zeugniß-Urkunde in einem Archive aufbewahrt ist. Vielmehr wird hier durch die Oeffentlichkeit der Urkunde im Allgemeinen nur die Aechtheit verbürgt, indem bei öffentlichen, in gehöriger

ge der Klage, Einrede u. s. w. alsbald, wenigstens abschriftlich, zur Vorlage kommen; damit Gegner und Richter aus der Urkunde, welche nicht blos Beweismittel, sondern die rechtsbegründende Thatsache selbst ist, die erforderliche Anschauung von dieser erhalten. Macht nun des Gegners Diffession ein Interlokut erforderlich, so ist eben das Daseyn der fraglichen schriftlichen Handlung Gegenstand des aufzulegenden Beweises. — Vgl. hierüber unten §. 5 Nr. 1, §. 8 Nr. 1.

9) Das Wort „amtlich" ist hier in dem weitern Sinne gebraucht, nach welchem es auch die Funktionen der Gerichtsboten, so wie der Notare begreift.

10) Vgl. Martin's Lehrbuch §. 206, und Bayer's Vorträge hierüber. — Das Nähere unten zu §. 2, I.

11) Vgl. unten §. 2, I, lit. b.

Form abgefaßten, fehlerfreien, und bei den in einem öffentlichen Archive vorgefundenen Urkunden eine Rechtsvermuthung für die Aechtheit in der Art streitet, daß sie von dem Produzenten nicht bewiesen zu werden braucht[12]).

Handelt es sich von Urkunden, für deren Errichtung besondre Vorschriften bestehen, so kommt außer der Aechtheit des Ursprungs und der Glaubwürdigkeit des Inhalts auch noch die Gültigkeit des Beweismittels[13]) resp. des Rechtsakts in Frage.

§. 2.

Von documentis publicis.

I.

„Unter die documenta publica, welche vollstän„digen Beweis machen[1]), gehört alles, was auto„ritate publica verhandelt wird z. B. Gerichtsbücher, „Akten, Protokolle, archivalische Urkunden, dann Pfarr„und Kirchenbücher."

Hierüber gelten folgende nähere Grundsätze:

a) Die „autoritas publica" kommt nicht blos gerichtlichen Verhandlungen zu, sondern auch denen and-

12) S. hierüber unten §. 2, I, lit. f.

13) Nach Nördlinger und nach älterem Rotenburger Recht ist weder gerichtliche noch aussergerichtliche Scriptur zur Gültigkeit eines Vertrags erforderlich; wird aber ein Vertrag schriftlich errichtet, so ist die Scriptur nur dann ein Beweismittel, wenn sie von einem hiezu Berechtigten verfaßt wurde. S. Arnold Beiträge zum teutschen Rechte Bd. II S. 600 Note 1.

1) Mit diesem Ausdrucke „vollständigen Beweis machen" ist theils die Glaubwürdigkeit des amtlichen Zeugnisses gemeint, wie solche amtlichen Protokollen und Kirchenbüchern zukommt, theils die Vermuthung für die Authenticität z. B. der Akten, der archivalischen Urkunden (lit. d, f.)

rer öffentlichen Behörden, hinsichtlich der zu ihrem Geschäfskreise gehörigen Handlungen und Wahrnehmungen [2]); z. B. auch denen der Rentämter über Versteigerungstagfahrten, Handlohnsbehandlungen u. dgl., indem dieselben für solche Geschäfte Notariats-Befugnisse haben.

Oeffentlichen Glauben genießen auch manche Urkunden gewisser einzelner Amtspersonen, welche keine Behörde vorstellen, z. B. das Präsentatum von der Hand des Rathsdieners [3]), die Aufzeichnungen des Gerichtsboten über Insinuationen [4]).

b) Die öffentliche Urkunde, welche vollständigen Beweis machen soll, muß entweder selbst die schriftliche Handlung z. B. amtliche Verfügung [5]) oder Eintragung seyn, von deren Beweis es sich handelt, oder sich auf eine bei dem Amte resp. vor oder von der öffentlichen Person gepflogne Handlung [6]) beziehen, und darüber amtliches Zeugniß geben. Diese Merkmale finden sich an Amtsprotokollen, gerichtlichen Urkundsbriefen (Kauf-, Hypotheken-, Schuld-, Stift-Briefen), an Amtsatteſten über aktenmäßige Thatsachen und an Berichten über Amtshandlungen, an den pfarrlichen Einzeichnungen in die Kirchenbücher, nicht minder an der kurzen Aufschrift, welche die Zeit der Einreichung einer Schrift beurkundet. — Dagegen gehören Aufzeichnungen in einseitigem Interesse,

2) Martin's Lehrbuch §. 206 und Bayer's Vorträge zu diesem §en.

3) Hofrathsordnung von 1779 Art. V §. 2.

4) Vgl. Komm. zu Kap. V §. 8 Nr. 5 und Kap. X §. 13 Nr. 5.

5) Entweder die Ausfertigung derselben, oder das in den Akten befindliche Konzept, wenn zu diesem Nachweis über Ausfertigung und resp. Zustellung hinzukommt. Gensler im Komm. zu Martin §. 197.

6) Diese Handlung kann auch nur die Bestätigung eines früher vorgenommenen Rechtsaktes seyn. Kreittmayer Anmerk. lit. a.

Angaben aus dem Gedächtnisse, gelegenheitliche Behauptungen von Beamten über Rechte und Verbindlichkeiten, wie sie etwa in Rechnungseinträgen[7]), Rechtfertigungsberichten, Mittheilungen an andere Behörden, amtlichen Zusammenstellungen vorkommen, eben so wenig hieher, als amtliche Zeugnisse, welche nur Schlußfolgerungen aus aktenmäßigen Thatsachen aussprechen oder nur die Aussagen vernommener Zeugen enthalten. — S. hierüber die Abth. II dieses §.

c) Die Kraft vollständigen Beweises ist dadurch bedingt, daß in Fertigung der öffentlichen Urkunde die darüber bestehenden Vorschriften eingehalten wurden[8]); in

7) Was die von Finanzbeamten gestellten Rechnungen betrifft, so können sie zu den öffentlichen Urkunden, welche für und wider Jedermann vollständigen Beweis machen, nicht gezählt werden. Bei dem Geschäfte der Verrechnung kommt dem — hier im eignen Interesse betheiligten — Finanzbeamten die Eigenschaft einer öffentlichen Person nicht zu. — S. übrigens unten §. 6, I Nr. 3.

8) Vgl. über die Erfordernisse eines Protokolls — oben Komm. zu Kap. IV §. 15 (Bd. II S. 171—5). Die für (gerichtliche) Protokolle im Allgemeinen geltende Regel, daß die Unterschrift der verhandelnden Personen nicht wesentlich sey, kann für Verhandlungen der Finanzbehörden z. B. der Rentämter nicht zur Richtschnur dienen, weil hier das Amt zugleich als Vertreter des Gegenbetheiligten, des Staatsärars, erscheint. Vgl. Kreittmayr zum LR. Th. IV Kap. I §. 6 Nr. 3: „actum judicialem.“ Ueber die requisita citationis Kap. V §. 4 (Bd. II S. 194 f.); über Beglaubigung der Konzepte beschlossener Erkenntnisse und Ausfertigungen — Verordn. vom 10. Sept. 1816 (RBl. S. 579. — Moritz III S. 201 f.). — Erhellt die Beobachtung der bestehenden Vorschriften nicht aus der Urkunde selbst, wird aber auf andere Weise dargethan, so kann man nicht sagen, daß die öffentliche Urkunde es sey, welche vollständigen Beweis mache. — Ueber Abgang von Förmlichkeiten in archivalischen Urkunden

welcher Beziehung auf Zeit und Ort der Entstehung Rücksicht zu nehmen ist.

Wenn Kreittmayr in der Anmerk. lit. b unter Bezugnahme auf cap. 23 X de elect. (1, 6,) in Betreff der Gerichtsbücher, Acta, Protokolle äußert:

„es werde allezeit in Dubio präsumirt, daß sie „alles an sich haben, was ad formam Actorum „judicialium gehört"

so kann man dies nicht auf solche Förmlichkeiten beziehen, deren Beobachtung gesetzlicher Vorschrift gemäß aus der Urkunde erhellen muß, vielmehr nur auf das Daseyn sonstiger Erfordernisse, hinsichtlich welcher solche Vorschrift nicht besteht. So z. B. ist nicht verordnet, daß bei jedem Protokoll ein Nachweis über gehörige Verpflichtung der aktuarisirenden Person sich befinde. Wenn nun etwa bezüglich eines ältern Protokolles diese Verpflichtung in Zweifel gestellt wird und der Verpflichtungsakt in der nachläßig besorgten Registratur nicht aufgefunden werden kann, so kommt zur Aufrechthaltung der Beweiskraft der fraglichen öffentlichen Urkunde die erwähnte Vermuthung zur Anwendung.

Bei Urkunden, welche von auswärtigen Behörden gefertigt sind, wird die gültige Errichtung angenommen, wenn es an den im Inlande geltenden Erfordernissen nicht fehlt; außerdem hat der Produzent die Beobachtung des am Errichtungsorte Vorgeschriebnen — nebenbei nachzuweisen.

d) Gehörig geführte Akten machen vollständigen Beweis über das, was in und zu denselben von den Partheien, Zeugen [9]), Sachverständigen, Gerichtsboten,

s. v. Schlichtegroll in den Bl. f. RA. Bd VII Nr. 17 ff. B. Nr. VI.

9) Wenn im Wege des Civilprozesses Ersatz des Schadens begehrt wird, welcher durch eine strafrechtlich untersuchte Hand-

oder sonst Jemand vor- und beigebracht, und was von der Obrigkeit darauf verfügt wurde; d. h. die Thatsache des gewissen Vorbringens, Beibringens, Verfügens — wird durch sie bewiesen. Ueber die Wahrheit und Wirksamkeit des Vor- oder Beigebrachten, über die Gesetzmäßigkeit und Gültigkeit der obrigkeitlichen Verfügung wird durch die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde nichts entschieden.

e) Pfarr- und Kirchenbücher liefern, wenn sie nach den darüber bestehenden Vorschriften geführt sind, vollständigen Beweis über die darin aufgezeichneten Taufhandlungen, Trauungen und Beerdigungen[10]). Kreittmayr bemerkt hierzu: „daß sie nur das, was von dem „Pfarrer oder Kirchen-Bedienten selbst geschieht, nicht „aber, was ihnen nur von anderen angegeben, und dem „Kirchenbuch einverleibt wird, beweisen können. Wenn „also z. E. eine ledige Weibsperson auf Sempronii Namen in dessen Abwesenheit ein Kind taufen läßt, so „beweiset das Taufbuch allein nicht, daß er wirklich „Kinds-Vater sey[11])."

Den von Rabbinern geführten Geburts-, Trauungs- und Sterbe-Registern kommt die Beweiskraft der Pfarr- und Kirchenbücher nicht zu[12]).

lung gestiftet wurde, so kommt häufig Bezugnahme auf die in den Untersuchungsakten enthaltenen Zeugenaussagen vor. Ueber diese Zeugenaussagen wird durch die Untersuchungsakten ein Urkundenbeweis geführt.

10) Uihlein im Archiv für civ. Praxis Bd. XV S. 26.

11) Daß ein getauftes Kind wirklich von der angegebenen Mutter geboren worden, daß der beerdigte Sarg wirklich den Leichnam der angegebenen Person enthalten habe, kann der Pfarrer aus eigner Sinnenwahrnehmung eben so wenig bezeugen, als die Vaterschaft. Sein Zeugniß beurkundet aber die Notorietät der fraglichen Thatsachen, und hieraus erklärt sich die ihm darüber beigelegte Beweiskraft.

12) Die Rabbiner haben die Eigenschaft von Civilstandsbeamten

f) Für archivalische Urkunden[13]) streitet die Vermuthung der Aechtheit d. h. der Wahrheit eines dem Inhalt gemäßen Ursprungs, insbesondere von denjenigen Personen, welche nach dem Inhalte oder der Unterschrift als Urheber erscheinen[14]). Da nun hier unter Urkunden nur die s. g. Briefe (s. oben §. 1) verstanden werden, welche als schriftliche Bekenntnisse einen vollkommen glaubwürdigen Inhalt haben oder die zu beweisende schriftliche Handlung selbst sind, so erklärt sich die Gleichstellung der archivalischen Urkunden mit den öffentlichen, welche vollständigen Beweis machen.

Bei Urkunden, welche nicht zu den Briefen in dem hier gemeinten Sinne gehören, bewirkt die Aufbewahrung in einem öffentlichen Archive zwar die Vermuthung für die Aechtheit, nicht aber volle Beweiskraft des Inhalts, sondern nur einige Verstärkung des Gewichts, welche gewissen Arten von Aufzeichnungen durch ihr Alter zukommt. S. unten II, lit. c.

Das Recht ein Archiv zu halten, bemerkt Kreittmayr, ist ein Ausfluß der Landes-Oberherrlichkeit; doch steht es auch Standesherrn und moralischen Personen zu,

nicht. Vgl. §. 30 des Edikts vom 10. Juni 1813 (RBl. S. 921) mit §. 36 der Beil. II zur VU.

13) Spangenberg im Archiv für civ. Praxis Bd. II S. 87 ff. — v. Schlichtegroll in den Bl. f. RA. Bd. VII Nr. 17 ff. Nur von archivalischen Original-Urkunden gilt das Obige. Im Zweifel aber sind archivalische Urkunden für Originalien zu halten. Spangenberg a. a. O. S. 100.

14) Die Anmerkungen führen als Quelle des Gesetztextes die Authentica ad haec (Cod. de fide instrum. 4, 21) an, welche aus Nov. 49 cap. 2 §. 2 entnommen ist. Hier wird verordnet, daß aus archivalischen Urkunden die Vergleichung der Handschriften angestellt werden könne. Da zur Schriftenvergleichung nur als ächt anerkannte Urkunden dienlich sind, so ist damit die Vermuthung für die Aechtheit der archivalischen Urkunden ausgesprochen.

welche solches früher hergebracht hatten, und in der Ausübung desselben, durch landesherrlich ernannte oder bestätigte Archivbeamten und unter Oberaufsicht der Staatsregierung seither verblieben sind [15]). —

Kreittmayr bemerkt ferner: „Hiernächst muß „man auch allezeit versichert seyn, daß das produzirte „Dokument wirklich in dem Archiv bewahrt und aufbe„halten worden sey, welches hauptsächlich auf das Atte„statum des darüber gesetzt- und verpflichteten Archiva„rii ankommt."

II.

„Was die Grund-, Urbar-, Saal- und Lagerbücher, „dann Stift-, Zins-, Scharwerks-Register und derglei„chen betrifft, so können diese nach Gestalt der Dinge „allein, oder wenigstens mittelst des Eides wohl voll„ständig beweisen, wenn sie entweder mit Zuziehung „sämmtlicher Grund- resp. Jurisdictions-Unterthanen und „Interessenten förmlich errichtet, oder durch das Alter, und „zugleich andere mit einschlagende Behelfe unterstützt sind."

Es handelt sich hier von Nachweisungen über Rechts-

15) Vgl. Klüber öffentl. Recht des teutschen Bundes ed. III §. 348 — 9. Durch eine Entschließung der Ministerien der Justiz und des Innern vom 24. Febr. 1836 ist ausgesprochen, daß dem fürstlichen Hause Oettingen-Wallerstein das Recht, ein Archiv zu halten, nach wie vor der Mediatisirung zustehe. — Diesem (ohnehin nicht vom Monarchen selbst ergangenen) Ausspruche wird aber Wirksamkeit in Civilprozessen nur insofern beizumessen seyn, als die oben bezeichnete Bedingung der Fortdauer des Archivrechts nicht versäumt worden. Die Konservation der archivalischen Urkunden darf nie blos dem Privatinteresse anheim gegeben seyn.

Ueber die Archive der Gemeinden vgl. Verordn. vom 4. August 1809 RB. S. 1307, in deren Art. IV der Grundsatz der nothwendigen Aufsicht der Regierung ausgesprochen ist.

verhältnisse des Grundeigenthums, über Subjekte, Umfang, Gränzen des Eigenthums, über die damit verbundenen Gerechtsame und darauf haftenden Lasten, insbesondere über die Ausflüsse des gutsherrlichen Verhältnisses in allen seinen Beziehungen. Offenbar hat der Gesetzgeber das Verhältniß zwischen Gutsherrn und Gutshinterfassen als ein dem Verhältnisse zwischen Obrigkeit und Unterthanen analoges aufgefaßt, woraus sich erklärt, daß hier manche Urkunden unter den öffentlichen aufgeführt sind, welche die oben I, a bezeichneten Merkmale nicht haben.

Vollständigen Beweis machen

a) die nach Vorschrift des Gesetzes vom 15. August 1828 über die allgemeine Grundsteuer bewirkten Einträge des definitiven Grundsteuer-Katasters und der damit in Verbindung stehenden Umschreibkataster, nicht nur in Ansehung der Steuerverhältnisse, sondern auch über die auf die katrastirten Gegenstände bezüglichen Rechte und Verbindlichkeiten der Betheiligten, indem denselben überall rechtsverbindliche Anerkennung derjenigen, zu deren Nachtheil der Eintrag geschieht, oder ein rechtskräftiges Erkenntniß oder vollbeweisendes Zeugniß der zuständigen Obrigkeit zu Grunde liegen muß[16]).

b) Auch die Grund-, Urbar-, Saal- und Lagerbücher, dann Stift-, Zins-, Scharwerks-Register sollen vollständigen Beweis machen, wenn sie mit Zuziehung und Einstimmung sämmtlicher Interessenten förmlich errichtet sind, d. h. wenn sie eine gegenseitig vertragsmäßige Anerkennung enthalten, welcher es auch an der Förm-

16) Gesetz vom 15. Aug. 1828, die allgemeine Grundsteuer betr. §. 95 vgl. §. 61. — Dem nach dem Edikte vom 13. Mai 1808 angelegten provisorischen Steuerkataster (resp. den ihm zu Grunde liegenden Fassionen) kam solche Beweiskraft nicht zu. S. Verordn. vom 24. Aug. 1813 (Regb. S. 1084). — Vgl. Dollmann in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 113 ff.

lichkeit der Erklärung nicht fehlt, wie solche am Orte der Errichtung zur Zeit derselben erforderlich war. Im Allgemeinen gilt hierüber, daß Beglaubigung durch eine für solche Beurkundungen zuständige Obrigkeit oder öffentliche Person vorhanden seyn muß.

c) Fehlte es bei Errichtung[17]) des Saalbuches oder Stiftregisters u. dgl. an der Zuziehung und Einstimmung der Interessenten, enthält dasselbe nur einseitige Aufzeichnungen des gutsherrlichen Beamten[18]), so könnte ihm nach den allgemeinen Grundsätzen zum Nachtheil andrer Personen, insbesondre der Gutshintersassen[19]), keine Beweiskraft beigemessen werden. So wie aber in andern Beziehungen die lange Dauer eines Zustandes (vetustas) die Legitimität des Ursprungs ersetzt oder vermuthen läßt, so hat hier das Gesetz das Alter bei gewissen Arten von Urkunden mit dem Vorzuge der Quasi-Publizität begabt[20]). Wenn das in dem Saalbuche oder Stiftregister vorliegende Zeugniß aus längst vergangner Zeit stammt, so soll ihm zwar nicht die volle Beweis-

17) Daß eine spätere vertragsmäßige Anerkennung gerade so wirksam ist, wie die Errichtung mit Zustimmung der Interessenten, versteht sich von selbst.

18) Dieser Ursprung ist bei im Besitze des Gutsherrn befindlichen alten Saalbüchern, Stiftregistern u. dgl., welchen die Angabe des Verfertigers fehlt, zu vermuthen

19) Insofern es zum Beweise der darin verzeichneten Realrechte dienen sollte, würde es als unbeschwornes, unförmliches Zeugniß in eigner Sache zu eignen Gunsten, oder doch von Seite eines exceptionsmäßigen Zeugen (des Beamten für den Gutsherrn), und zwar als Zeugniß über Rechtsverhältnisse — erscheinen.

20) Vgl. Cap. 13 X de probat. (2, 19): „per libros antiquos;“ Cap. 13 X de praescr. (2, 26): „librum censualem.“ — Nach einem OAGE. vom 27. Jan. 1823 ist eine Urkunde für alt anzusehen, wenn ihr Ursprung das gewöhnliche Menschenalter überschreitet S. Bl. f. RA. Bd. III S. 416.

kraft der fehlerfreien Zeugniß-Urkunde einer öffentlichen Person, aber doch so viel Beweiskraft beigelegt werden, daß daraus, wenn noch andere zutreffende Behelfe vorhanden sind [21]), — nach richterlichem Ermessen — entweder die Annahme vollständigen Beweises oder doch die Zuerkennung eines vom Produzenten zu leistenden zur Vervollständigung des Beweises dienenden Bestärkungseides gerechtfertiget werden kann. — Dieser Bestärkungseid muß zwar, wie der Ergänzungseid überhaupt, anerboten werden [22]); er unterscheidet sich aber von diesem wesentlich darin, daß er nicht blos auf Versicherung der Wahrheit einzelner Thatsachen, sondern geradezu auf das Bestehen des fraglichen Rechtsverhältnisses gerichtet seyn kann. Wenn das alte Saalbuch oder Stiftregister die einem Grundholden obliegenden Leistungen verzeichnet, und der Grundherr nun dessen Beweiskraft durch den Bestärkungseid ergänzen soll, so kann dieser nur auf Versicherung der Ueberzeugung des Schwörenden, der Inhalt der alten Urkunde verhalte sich in Richtigkeit, d. h. das Rechtsverhältniß bestehe in der beurkundeten Weise, — gestellt werden. — Hieraus folgt von selbst, daß die Zu-

21) Zu den Behelfen, durch welche die Beweiskraft der alten Urde unterstützt werden kann, gehört insbesondere der neuere Besitzstand, sofern derselbe mit dem Inhalte der Urkunde übereinstimmt. Vgl. Spangenberg in der Gießner Zeitschrift Bd. 6 S. 256; Gönner Entwurf eines Gesetzbuchs für das gerichtl. Verfahren Bd. II S. 441. – Uebereinstimmung mit alten Gutsbeschreibungen und Kaufbriefen ist gleichfalls von Wichtigkeit. Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 203—4 Die Aufbewahrung in einem öffentlichen Archive ist auch zur Erhöhung der Glaubwürdigkeit dienlich.

22) Es handelt sich auch hier von Ergänzung eines unvollständigen Beweises durch den Eid des Produzenten; soweit nun nicht die Eigenthümlichkeit des besondern Falles Abweichungen nothwendig macht, kommt das vom Ergänzungseid überhaupt Geltende zur Anwendung.

Zulassung dieses Eides nicht durch „Wissenschaft aus eigner Sinnenwahrnehmung" bedingt ist. Das Gesetz, welches die eidliche Bestärkung des Inhalts alter aus frühern Generationen stammender Urkunden zuläßt, würde, wenn dessen Anwendung in solcher Art bedingt wäre, mit sich selbst in Widerspruch stehen[23]).

Ueber die Gränzen des richterlichen Ermessens in solchen Fällen äussert Kreittmayr in der Anmerk. lit. e:

„Doch macht das bloße Alterthum sammt anderen „Adminiculis niemal einen vollständigen Beweis, „sondern derselbe muß erst durch den Eid völlig „completirt werden, ausser es könnte Producent „beweisen, daß auf das Buch schon gesprochen, „oder von denen Interessenten selbst schon dahin „recurrirt, mithin solches agnoscirt und angenom„men worden sey; denn da braucht es keines Ei„des mehr, sondern das Buch oder Register pro„birt für sich allein genug, und deßwegen setzt auch „der Codex die Worte „gestalten Dingen nach „allein oder wenigst" nicht allein ohne Ursach „hinzu."

Diese Erläuterung des Kommentators hat die Eigenschaft einer interpretatio restrictiva, indem sie dem richterlichen Ermessen gewisse Schranken setzt, welche in den Worten der Gerichtsordnung nicht gefunden werden können. Daher ist derselben nur insofern eine Folge zu geben, als sie ausserdem überzeugende Gründe der logischen Auslegung für sich hat[24]). Es lassen sich aber allerdings, ausser den von Kreittmayr hervorgehobnen, noch andre Fälle denken, in welchen mit dem Inhalte der alten Urkunde sonstige Behelfe dergestalt zusammenwirken, daß dem Richter volle Ueberzeugung verschafft

23) Bl. f. RA. Bd. V S. 31.

24) S. Komm. Bd. I S. 21 Nr. 2.

wird; unter solchen Umständen ist nun überall, da das Gesetz selbst keine Schranke setzt, die Annahme vollständigen Beweises an die Bestärkung durch den Eid des Beweisführers nicht zu binden. Auf der andern Seite muß die Lehre, daß überall, wo schon auf das Buch gesprochen worden, vollständiger Beweis anzunehmen sey, auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in welchen das Urtheil unter den gegenwärtigen Partheien oder deren Rechtsvorfahrern, oder doch in solchen Verhältnissen ergangen ist, daß die Rechtskraft auch für die gegenwärtigen Partheien wirkt[25]).

Durch die Gestattung eines freieren Spielraums für sein Ermessen ist übrigens der Richter angewiesen, alle Umstände, welche die Glaubwürdigkeit der alten Urkunde mehren oder mindern könnten, sorgfältig zu erforschen und zu beachten. Dies gilt insbesondere von der Stellung und Persönlichkeit des Urhebers, und von den Quellen, aus welchen er geschöpft hat.

d) Der Erwähnung der Stift=, Zins=, Scharwerks=Register fügt die Gerichtsordnung bei „und dergleichen." Hierunter sind insbesondre auch alte Gutsrechnungen über Einnahmen aus solchen Realrechten zu begreifen[26]). Dieselben enthalten, gleich den angeführten Registern, Verzeichnisse der aus dem Gutsverbande fließenden Realprästationen, nur mit dem Unterschiede, daß die Register die Soll=Einnahme, die Rechnungen die wirkliche anzeigen[27]). Daher sind gehörig geführte Gutsrechnungen denjenigen Urkunden beizuzählen, bei wel=

25) Vergl. unten Kap. XIV §. 11.

26) Vgl. Spangenberg in v. Zurheins Jahrbüchern des bürgerl. Proz. Heft I S. 43; Bl. f. RA. Bd. II S. 203.

27) Wenn die Rechnung gewisse Posten zwar unter der Soll=Einnahme, aber in einem späteren Abschnitte (ohne befriedigende Motivirung) als nicht eingegangen aufführt, so wird damit natürlich für den Rechnungsherrn gar nichts bewiesen.

chen das Alter, zufolge des ihm beigelegten Vorzugs der Quasi-Publizität, einen gewissen Grad der Glaubwürdigkeit, zu Gunsten des Gutsherrn[28]), begründen kann[29]). Sowohl bei Fertigung als bei Prüfung und Approbirung waltet ein Interesse des Rechnungsherrn ob, daß darin nichts Unwahres enthalten sey; auf der andern Seite ist, abgesehen von besondern etwa im einzelnen Falle vorliegenden Verdachtsgründen, nicht anzunehmen, daß bei Eintragung der einzelnen Einnahmsposten die Absicht stattgefunden, dem Rechnungsherrn im Verhältnisse zu dritten Personen, deren Zahlungen vereinnahmt werden, einen Vortheil zuzuwenden[30]).

III.

Die Gerichtsordnung bestimmt: 2) „Werden documentis publicis gleichgeschätzt die von immatriculirten „und recipirten Notarien förmlich verfertigten Instrumente" — und fügt Vorschriften über die Erfordernisse der Notariatsurkunden bei.

Vgl. Kap. II §. 6 und den Kommentar hiezu, Bd. I S. 290 — 1.

28) Inwiefern sie zum Nachtheil desselben beweiskräftig, ist nach den im folgenden §en vorzutragenden Grundsätzen zu bemessen.

29) Nicht um das Bestehen des Rechtsverhältnisses unmittelbar, sondern nur um die Thatsache der Erhebung und Entrichtung der fraglichen Abgabe u. dgl. nachzuweisen. Der etwa hierzu abzuleistende Bestärkungseid kann darauf gerichtet werden: es sey auf den Grund der vorgelegten Rechnungen zu beschwören, daß die fragliche Einnahme während des (anzugebenden) Zeitraums wirklich stattgefunden habe. OAGE. vom 11. Apr. 1842 (N. 1013 $^{37}/_{38}$).

30) Der gutsherrliche Beamte ist meistens eidlich oder an Eides statt auf redliche Amtsführung verpflichtet; auch diesem Umstande ist einiges Gewicht beizulegen.

IV.

„Wenn 3) eine Urkunde von zwei bekannten siegel-
„mäßigen Personen gefertigt, oder da nur eine siegelmä-
„ßig wäre, neben ihr wenigstens noch von zwei anderen
„bekannten ehrbaren Männern mit unterschrieben ist,
„welche beide dem Unterzeichnungsacte selbst persönlich
„beigewohnt zu haben bezeugen, so wird eine solche Ur-
„kunde ebenfalls pro instrumento publico gehalten,
„wenn gleich von bemeldeten Sieglern oder Siegelszeu-
„gen Niemand mehr beim Leben ist, von welchem die
„Handschriften und Pettschaften allenfalls noch recognoscirt
„werden könnten."

Die Gleichstellung mit den öffentlichen Urkunden bezieht sich hier nicht auf die Glaubwürdigkeit des Inhalts, auf die Beweiskraft eines in der Urkunde niedergelegten Zeugnisses, sondern nur eines Theils auf die Gültigkeit des beurkundeten Rechtsactes, in Hinsicht auf das Erforderniß der Errichtung in öffentlicher Urkunde, andern Theils auf die Vermuthung für die Aechtheit, wie solche am Schlusse des §. ausgesprochen ist. Hinsichtlich der Glaubwürdigkeit des Inhalts gilt die Gleichstellung mit den öffentlichen Urkunden nur für Zeugnisse über Geschäfte und Verhandlungen, in welchen der Siegelmäßige als Stellvertreter der Obrigkeit erscheint, wie bei der Behandlung und Auseinandersetzung der Verlassenschaft eines siegelmäßigen Verwandten [31]).

In Betreff der Gültigkeit dient jetzt der §. 2 des Edikts über die Siegelmäßigkeit (Beil. VIII z. VU.) zur Richtschnur:

31) Vgl. §. 8, 9 der Beil. VIII zur VU. mit §. 141 des Hypothekengesetzes vom 1. Juli 1822: Die Theilungsbriefe oder Zeugnisse siegelmäßiger Verwandten haben gleiche Wirkung mit gerichtlichen Theilungsbriefen oder Zeugnissen.

„Siegelmäßige Personen können über jene unstrei-
„tigen Rechtsgeschäfte, wozu bei unsiegelmäßigen
„Personen die obrigkeitliche Protokollirung und Ver-
„briefung nothwendig ist z. B. Ehe-Verträge, Voll-
„machten, Vergleiche u. dgl., ihre Urkunden selbst
„und mit gleicher Kraft fertigen[32]).“

Durch Mitfertigung eines zweiten Siegelmäßigen oder zweier mitunterschreibenden Zeugen ist die Wirksamkeit dieses Vorrechtes nicht bedingt, demnach die Vorschrift der Gerichtsordnung insoweit abgeändert. Es verordnet aber der §. 4 das erwähnten Edikts:

„Wird ein zweiseitiger, auf gegenseitigen Vortheil
„gerichteter Vertrag zwischen einer siegelmäßigen
„und nicht siegelmäßigen Person eingegangen, so
„muß die Urkunde der letztern vor Gericht errichtet
„werden.“

Ob die Vorschrift der Gerichtsordnung für die Zeit nach der Verfassungsurkunde in Ansehung des andern Punktes, der Vermuthung für die Aechtheit, noch Anwendung finde, ist eine bestrittene Frage[33]). Für die Verneinung spricht der Umstand, daß es im §. 1 des Ediktes heißt:

„die Siegelmäßigkeit begreift folgende Rechte
„in sich:“

32) Vgl. die Vorschrift des §. 7 erwähnten Edikts: „Siegelmäßige Grundherrn können, wenn sie auch die gutsherrliche Gerichtsbarkeit nicht haben, die aus dem Grundverbande hervorgehenden Urkunden (vgl. bayer. LR. Th. IV Kap. 7 §. 5) ohne Mitwirkung der Obrigkeit errichten und fertigen.“

33) Vgl. v. Stürzer Civilgerichtsverfahren S. 660 und 661. — Die erwähnte Vorschrift war zwar in der Verordn. vom 20. April 1808 (Regbl. 1809 S. 115 Nr. 1) ausdrücklich aufgehoben; aber diese Verordnung sollte überhaupt erst mit der Verkündung eines neuen Civilgesetzbuchs und einer neuen Gerichtsordnung in Wirksamkeit treten.

nun aber von einer Gleichstellung der von Siegelmäßigen gefertigten Urkunden mit den öffentlichen — in Bezug auf die Vermuthung für die Aechtheit — in den folgenden §. nichts vorkommt. Wie sich aus §. 2 des Edikts ergiebt, hatte bei Abfassung desselben der Gesetzgeber die Vorschrift der Gerichtsordnung XI §. 2 Nr. 3 vor Augen; indem er nun nur einen Theil derselben, und zwar modifizirt, in die neue Gesetzgebung aufnahm, gab er seinen Willen, daß der andere im Edikte nicht erwähnte Bestandtheil zu gelten aufhören solle, unzweideutig zu erkennen.

§. 3.

Von documentis privatis.

I.

„Alle übrigen Schriften, welche nicht in obgedachtem „Maaße verfertigt sind, werden ohne Unterschied, von „wem sie immer seyn mögen, pro privatis gehalten, und „können in der Regel für den Schriftsteller niemals, wohl „aber gegen denselben vollständig beweisen, soweit man „von seiner Handschrift, und respective Pettschaft durch „ihre Recognition, oder sonst genug gesichert ist.“

Hierüber ist zu bemerken:

1) Alle Urkunden, welche nicht nach Inhalt des §. 2 zu den öffentlichen gehören, sind Privaturkunden. In Erläuterung des §. 2 wurde bereits gezeigt, daß es Urkunden verschiedener Art giebt, welche nur beziehungsweise die Eigenschaft einer öffentlichen, oder die Beweiskraft der öffentlichen nur in beschränktem Maße haben[1]).

2) Nach Veranlassung und Bestimmung, nach Inhalt und Form sind die Privaturkunden sehr mannigfach. Vor Allem kommt es darauf an, zu welcher von den im §. 1

1) In Bezug auf Urkunden der Siegelmäßigen s. den vorigen §en, IV.

unter lit. a, b, c bezeichneten Arten die Urkunde ihrem Inhalte nach gehört.

Bezieht sich die Urkunde nicht, als Bekenntniß oder Zeugniß, auf eine vorhergegangne Thatsache, sondern besteht die Thatsache, von deren Beweis es sich handelt, gerade in der schriftlichen Aeusserung, welche in der fraglichen Urkunde vorliegt, so macht diese, wenn deren Aechtheit[2]) ausser Zweifel, vollständigen Beweis — ohne Unterschied, ob sie von dem Produzenten, oder seinem Gegner, oder einem Dritten gefertigt ist. Es handelt sich z. B. von einem brieflich abgeschlossnen Vertrag. Der Beweisführer produzirt sowohl die von seinem Gegner, als auch die von ihm selbst geschriebnen Briefe, indem er etwa die Edition der letzteren vorgängig erwirkt hatte. Die schriftlichen Aeusserungen, welche in den Briefen des Produzenten enthalten sind, werden hier durch deren Vorlage eben so vollständig bewiesen, als die schriftlichen Gegenäusserungen des Produkten durch Produktion des von ihm herrührenden Theils der Korrespondenz. — Der in der Gerichtsordnung adoptirte Satz: „scriptura pro scribente non probat“ steht nicht entgegen, weil er sich nur auf die Urkunden historischen Inhalts bezieht, nur die Frage der Glaubwürdigkeit entscheidet und zu ihrer Anwendung voraussetzt, daß in der Urkunde irgend ein vorhergegangnes Faktum angeführt, behauptet, bekannt oder bezeugt ist. Wenn aber die Urkunde kein anderes Faktum anführt, sondern wenn sie das Faktum selbst ist, welches bewiesen werden soll, so kann überhaupt nicht die Glaubwürdigkeit des Inhalts, sondern nur die Aechtheit der Fertigung (und die rechtliche Wirksamkeit der Thatsache) in Frage kommen[3]).

2) Der dem Inhalt gemäße Ursprung, s. oben §. 2, I lit. f.

3) Bl. f. RA. Bd. IV S. 394.

Von den Urkunden historischen Inhalts liefern die schriftlichen Bekenntnisse (§. 1 lit. b) vollständigen Beweis der einbekannten nachtheiligen Thatsache; gleichviel, ob die Urkunde gegen den Bekennenden selbst resp. seinen Rechtsnachfolger oder gegen einen Dritten produzirt wird[4]). Es wird jedoch hiebei nicht nur Dispositionsfähigkeit und Willensbestimmung des Bekennenden[5]), sondern noch vorausgesetzt, daß über die Absicht des Urhebers, durch die Urkunde etwas Nachtheiliges einzuräumen, kein Zweifel obwalte[6]). Volle Gewißheit besteht hierüber bei denjenigen Urkunden, welche gerade zu dem Zwecke ausgefertigt werden, um dem Gegenbetheiligten ein Beweismittel gegen den Aussteller in die Hand zu geben, wie bei Empfangsbescheinigungen, Schuldscheinen, Beweisurkunden über Verträge[7]). Kommt die schriftliche Anführung der nachtheiligen Thatsache nur gelegenheitlich in Mittheilungen an Dritte, oder in einer für sich selbst gemachten Aufschreibung vor, dient sie etwa zu andern Zwecken, um dem Schreiber irgend einen Vortheil zu verschaffen, oder Schaden von ihm abzuwenden, gebricht es überhaupt an den (unten Kap. XII §. 1 zu erörternden) Erfordernissen der Wirksamkeit eines Geständnisses, so kann die Regel, daß die Urkunde gegen den Schriftsteller vollständig beweise, keine Anwendung finden; jedoch das in dieser Hinsicht der Urkunde Mangelnde

4) S. oben S. 49.

5) Vgl. GO. Kap. XII §. 1 Nr. 1. Inwiefern die von einem Verwalter oder sonstigen Stellvertreter ausgestellte Urkunde gegen den Prinzipal beweise, ist nach den civilrechtlichen Grundsätzen über deren Verhältniß zu einander und zu Dritten zu beurtheilen.

6) Kap. XII §. 1 Nr. 3.

7) Auf Form und Einkleidung kommt es nicht an; eine Empfangsbescheinigung im Konterte eines Briefes an denjenigen, welcher die Zahlung machte, ist nicht minder wirksam, als eine förmliche Quittung.

durch andre Behelfe ergänzt, oder in solchem Falle nach richterlichem Ermessen auf einen nothwendigen Eid erkannt werden.

Urkundliche Angaben und Behauptungen einer dem Schreiber selbst vortheilhaften Thatsache haben in der Regel keine Beweiskraft. In wiefern gewissen Arten solcher Zeugnisse zu eignen Gunsten durch das Alter der Urkunde einige Beweiskraft zukomme, ist im vorigen §. bemerkt worden. Von der für die Handelsbücher geltenden Ausnahme s. unten Abth. II. — Nebstdem kann die Verbindung mit andern Behelfen und Umständen[8]), insbesondre der Zusammenhang mit dem übrigen, dem Schreiber nachtheiligen Inhalt der Urkunde[9]) — auch dasjenige, was davon ihm vortheilhaft ist, mehr oder minder beweiskräftig machen[10]).

Von Dritten gefertigte Urkunden, welche weder eine schriftliche Handlung (§. 1 lit. a) darstellen, noch ein gültiges Geständniß enthalten, erscheinen als schriftliche unbeschworne aussergerichtliche, ohne Beobachtung der gesetzlichen Formen abgelegte Zeugnisse[11]). Inwiefern das Alter auf deren Beweiskraft einen günstigen Einfluß habe, ist im vorigen §. vorgekommen. Den Aufzeichnungen des Erblassers über Zuwendungen an einzelne Miterben räumt das LR. Th. III Kap. I §. 15 Nr. 22 die Kraft vollen

8) Z. B. dem Umstande, daß der Gegner die unter anderem auch Behauptungen zu seinem Nachtheile enthaltende Urkunde ohne Widerspruch angenommen hat.

9) Z. B. ein in der Urkunde enthaltenes Geständniß muß im Zusammenhalte mit den vom Aussteller beigefügten Voraussetzungen, Beschränkungen oder Bedingungen zur Beurtheilung kommen.

10) Vgl. Bl. f. RA. Bd. V S. 60 — 61.

11) Hieher gehören auch Angaben in historischen Büchern. — Vgl. hierüber Gesterding Ausbeute aus Nachforschungen. Bd. II S. 362 ff.

Beweises hinsichtlich der Thatsache des Empfangs ein[12]). Im Uebrigen können Zeugnisse der bezeichneten Art nur zur Bescheinigung, als Unterstützungsbehelfe, im Zusammenhalt mit andern Beweismitteln, nach richterlichem Ermessen einige Beweiskraft äussern. Alle Umstände, welche die Glaubwürdigkeit eines Zeugnisses mehren oder mindern, sind hiebei in Betracht zu ziehen. (S. oben Kap. X §. 11, 17).

3) Als Urheber einer Urkunde gilt nicht nur, wer sie vom Anfang zum Ende selbst geschrieben, sondern auch derjenige, welcher sie nur unterschrieben und dadurch sich angeeignet hat, mag gleich der Inhalt von dem Gegenbetheiligten selbst geschrieben seyn. — Zur vollen Beweiskraft der Urkunde wird, daß sie unterschrieben sei, überall erfordert, wo es ausserdem zweifelhaft seyn würde, ob in ihr nicht ein bloßer Entwurf, ein bloßes Bruchstück, überhaupt eine unvollendete Thatsache vorliege[13]). — Bei alten Urkunden ist auf den Gebrauch der Zeit ihres Ursprungs zu sehen. — Durch Beidrückung des Siegels (Petschafts) wird nicht die Beweiskraft, wohl aber in gewissen Fällen die Gültigkeit der Urkunde bedingt; so bei den Urkunden der Siegelmäßigen, welche nach §. 2 der Beil. VIII zur VU. die obrigkeitliche Fertigung ersetzen. S. oben §. 2, IV. —

4) Die Beweiskraft ist durch Gewißheit über die

12) Ueber das gemeine Recht vgl. Seuffert PandR. §. 588.

13) Als bloßer Entwurf kann z. B. ein der Unterschrift ermangelnder Brief nicht gelten, welcher wirklich abgesandt worden, und dem Adressaten durch die Post zugekommen ist. — Entwürfen (Konzepten) von Urkunden kann im Allgemeinen nur die Wirksamkeit eines Unterstützungsbehelfes beigemessen werden. Anders verhält es sich mit den in den Akten befindlichen Entwürfen von amtlichen Verfügungen, sofern es an dem Nachweise der Ausfertigung und Zustellung nicht fehlt. S. hierüber oben §. 2 Note 5.

Aechtheit der Urkunde bedingt. Wie solche durch Recognition oder in andrer Weise bewirkt werde, ist in §. 7, 8 bestimmt. S. unten den Kom. zu diesen §.

II.

Von der Regel, daß Privaturkunden für den Schriftsteller nicht beweisen, sind die Handelsbücher[14]) ausgenommen, worüber folgende Grundsätze gelten:

1) Diese Ausnahme gilt für Handelsleute, welche ihr Geschäft in dieser Eigenschaft (eines Handelsmanns, Kaufmanns, Krämers) vermöge obrigkeitlicher Konzession betreiben[15]). Auch die Banquiers und Buchhändler sind darunter begriffen, nicht minder Fabrikanten in Bezug auf den als Handelschaft erscheinenden Absatz ihrer Fabrikate[16]). — Dagegen gehören Personen, welchen nur der s. g. Hausir-, Noth- oder Schacherhandel gestattet ist, nicht hieher.

2) Nur in Sachen, die Handelschaft betreffend, ist das Vorrecht wirksam[17]). Dahin gehören nicht

14) Ebeling über Beweiskraft der Handelsbücher 1815. — Ueber den Beweis durch Handelsbücher. Leipzig 1830.

15) Die GO. beschränkt das Vorrecht auf ordentlich eingezünftete Handels- und Krämersleute. Aber das Zunftwesen der damaligen Zeit besteht nicht mehr.

16) Kreittmayr hatte nur den Gegensatz zwischen Kaufmannschaft und Handwerkern vor Augen, der heutige Begriff eines Fabrikanten (Mittermaier d. PR. ed. V §. 534; Bl. f. RA. Bd. V S. 322 Note 2) war ihm gar nicht bekannt. Vgl. Anmerk. zum LR. Bd. V Kap. 26 §. 1. Da aber jede Fabrik-Konzession die Befugniß giebt, mit den fabrizirten Waaren Großhandel zu treiben, so haben die Fabrikanten alle kaufmännischen Rechte (Mittermaier a. a. O.), wie die Wechselfähigkeit (Ges. vom 11. Sept. 1825 §. 4 Nr. 1), so das Vorrecht der Handelsbücher.

17) Daher insbesondere nicht bei Entschädigungsforderungen wegen rechtswidrigen Handlungen.

blos Verkäufe von Waaren und Wechseln, sondern z. B. auch die Anschaffungen, welche ein Waarenhändler seinem Banquier macht. Befaßt sich aber ein Spezereihändler nebenbei (d. h. ausser der Sphäre seiner Konzession) mit Geschäften in Staatspapieren oder industriellen Aktien, so erstreckt sich die Glaubwürdigkeit seines Handelsbuches hierauf nicht. Bei Banquier's hingegen kann dieselbe auch für Darleihen, Cessionen und überhaupt für den ganzen Umfang der bei Bankhäusern üblichen Geschäftsthätigkeit geltend gemacht werden. — Ob der Handelsschuldner gleichfalls ein Handelsmann ist oder nicht, macht keinen Unterschied.

3) Handelsleute, welche keines guten Leumunds genießen, haben auf dies Vorrecht keinen Anspruch. — Nicht jede Verurtheilung in Zollsachen ist geeignet, den Leumund eines Handelsmanns zu trüben, wohl aber ein Schuldausspruch wegen vorsätzlicher, ihm selbst zur Last fallender falscher Deklaration. — In dem Umstande allein, daß der Kaufmann Fallit ist oder früher war, liegt kein hinreichender Grund, seinem Handelsbuche die Beweiskraft abzusprechen [18]).

Juden sind vom Vorzugsrecht der Handelsbücher nicht ausgeschlossen; auch nicht von der Ausübung desselben gegen Christen [19]).

18) Pöhl's Handelsrecht Bd. I §. 158; Mittermaier deutsch. PR. §. 369 (ed. V.)

19) Kreittmayr's gegentheilige Bemerkung ist nur ein Allegat aus J. H. Boehmer J. E.; s. dagegen den §. 19 des Edikts vom 10. Juni 1813: „Eben so sollen die Juden zu dem ordentlichen Wechsel-, Groß- und Detailhandel mit ordentlicher Buchführung (welche jedoch nur in deutscher Sprache geschehen darf) zugelassen werden, wenn sie das hinreichende Vermögen, die gute Aufführung und die Gewerbsbefähigung, welche die Gesetze vorschreiben, ausgewiesen, und eine ordentliche Real- oder Personal-Handels-Konzession nach den allgemein geltenden Grundsätzen erlangt haben."

4) Das Handelsbuch muß mit Einnahme und Ausgabe ordentlich gehalten, die causa debendi nebst dem Datum specifice darin ausgedrückt seyn.

Einem nicht gebundenen, sondern nur geheften Handelsbuche steht die Beweiskraft nicht zu; eben so wenig da, wo Blätter eingeklebt oder eingeheftet, oder herausgenommen sind. Einträge von unbestimmt allgemeiner Fassung (z. B. für Waaren an Hrn. Müller 200 fl.) entsprechen der gesetzlichen Vorschrift nicht. Die abgegebnen Waaren müssen im Einzelnen nach Beschaffenheit und Quantität mit Preisansätzen bezeichnet seyn.

Die Führung des Buches muß die hergebrachte kaufmänniſche Form[20]) haben (worüber der Richter im Zweifel von Amtswegen das Gutachten von Sachverständigen erholt) und darf nicht Merkmale der Unordnung oder gar der Untreue oder Verfälschung an sich tragen. Ob die Einträge von einem Handlungsprinzipal oder von einem Faktor oder Buchhalter gemacht worden, gilt gleich.

Die eigenthümliche Beweiskraft, von welcher hier die Rede, kann nur demjenigen Buche beigelegt werden, dessen Einträge als ursprüngliche Aufzeichnungen die Geschäfte nach der Zeitfolge darstellen, gemeinhin Journal ge-

20) Der revidirte Entwurf von 1827 bestimmt hierüber unter Nr. 4: „Tag für Tag müssen darin (in dem beweiskräftigen Journale) die Handlungsunternehmungen, die erhaltenen und versendeten oder abgegebenen Waaren, die ausgestellten, indossirten oder acceptirten Wechsel, die Geldgeschäfte, kurz alles, was die Rechte und Verbindlichkeiten des Kaufmannes, Wechslers oder Fabrikanten in Ansehung seines Handels, seiner Geschäfte, seiner Fabrik angeht, alles, was er diesfalls schuldig ist oder zu fordern hat, genau, ohne Veränderung des Geschriebenen, nach kaufmännischer Weise eingetragen seyn. Nr. 5: „Es muß in einer einzigen, nemlich der Landessprache, geführt seyn, u. s. w.“

nannt[21]). — Die übrigen Bücher dienen zur Unterstützung, und der Produkt kann verlangen, daß auch sie vorgelegt werden[22]).

5) Das vorgelegte beweiskräftige Handelsbuch muß von dem Handelsmann selbst[23]) oder seinen Erben mit einem körperlichen Eide bekräftigt werden.

Daß der Handelsmann, um zu diesem Eidschwure gelassen zu werden, das fragliche Geschäft selbst geschlossen, die Waare selbst abgegeben, die Zahlung selbst gemacht habe, ist nicht erforderlich; dieser Buch-Eid ist nur eine eidliche Versicherung der Ueberzeugung des Schwörenden von der Richtigkeit der betreffenden Buchs-Einträge[24]). Daher werden auch die Erben des Handelsmanns, ohne Rücksicht auf eigne Wissenschaft, zur Ableistung desselben zugelassen; und es steht der eidlichen Bekräftigung des Handlungsbuches von Seite des jetzigen Handlungs-Chefs nicht im Wege, daß er etwa in die Handlung erst nach der Zeit des fraglichen Eintrags eingetreten ist. — Den Eid durch den Faktor, Prokuraträger, Buchhalter, welcher das Geschäft besorgt und den Eintrag gemacht, ableisten zu lassen, geht nicht an. Eben

21) Mittermaier a. a. O.; Pöhls a. a. O. §. 158.; Feust in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 69.

22) Mittermaier a. a. O. — Ueber die Beweiskraft der Briefkopirbücher — s. Bl. f. RA. Bd. III S. 397.

23) Mittermaier a. a. O. lehrt: Bei Handlungsgesellschaften genügt es, wenn nur ein offener Gesellschafter, der die Handlungsgeschäfte kennt, das Buch beschwört, der Eid des stillen Gesellschafters genügt aber nicht.

24) Kreittmayr Anmerk. lit. g: „werden hierbei die sonst ad Juramentum Suppletorium erforderlichen Stücke nicht so genau beobachtet, weil es eine ganz besondere Species um dieses Juramentum privilegiatum ist. S. unten Note 26.

so wenig kann die eidliche Bekräftigung durch eine sonstige Beweisergänzung z. B. die Aussage eines vollgültigen Zeugen ersetzt werden [25]). — Was bei dem Erfüllungseide von der Nothwendigkeit des Erbietens gilt, kommt auch hier zur Anwendung [26]).

Unter den dargelegten Voraussetzungen beweist das Handlungsbuch die eingetragenen Thatsachen sowohl im Betreff des Daseyns als des Betrags der Forderung [27]). — Hierdurch unterscheidet sich die Beweiskraft der Handelsbücher von dem Glauben, welcher den in gehöriger Ordnung geführten Einschreibbüchern andrer Gewerbsleute, der Handwerker, Bierbrauer [28]), Gastwirthe, Apotheker, auch der Aerzte, Wundärzte, Advokaten [29]), Sensale und Notarien beizumessen ist [30]). Diese theilen das Vorrecht der Handelsbücher nicht:

25) Bl. f. RA. Bd. V S. 287.

26) Der Buch-Eid ist eine anomale Art (eine ganz besondre Species) des Erfüllungseides; wo nicht die besondre Gesetzesvorschrift und eigenthümliche Natur der Verhältnisse eine Abweichung mit sich bringt, bleibt es bei der Regel.

27) Fehlt es in irgend einer Beziehung an den Bedingungen des Vorrechts, so steht es in richterlichem Ermessen, dem Inhalt des Buches soviel Gewicht beizumessen, als ein Erkenntniß auf den Reinigungseid erfordert. Pöhls a. a. O. §. 160.

28) Was betreffend das Verhältniß der Bierbrauer zu den Bierwirthen in der Verordnung vom 4. Mai 1761 (Moritz II S. 212—13) von der Beweiskraft der „Bierbüchel" bestimmt ist, hat nicht die Eigenschaft einer Ausnahme, indem es nur eine Anwendung von der Regel über die Beweiskraft der Bekenntnisse enthält.

29) Insoweit die Richtigkeit der Expensare durch Vergleichung der Manual- mit den Gerichtsakten herzustellen ist, bedarf es natürlich keiner eidlichen Bestärkung ihrer Aufschreibungen.

30) Die GO. spricht von „Handwerkern und Andern." Dieser Beisatz kann natürlich nur auf Gewerbsleute bezogen werden, mit welchen ein Kunden-Verhältniß, wie mit Handelsleuten

„auſſer wo die Schuld in substantia bereits rich-
„tig, und der Zweifel nur noch de quantitate de-
„biti iſt."

Wenn es eingeräumt oder ſonſt vollſtändig bewieſen iſt, daß der Gegner ein Kunde, Gaſt, Patient oder Klient des Produzenten war, ſo dient das mit dem Gepräge der Ordnung geführte, eidlich bekräftigte Einſchreibbuch zur Nachweiſung der einzelnen vom Handwerker gelieferten oder gefertigten Arbeiten, der einzelnen Leiſtungen des Wirthes an den Gaſt, der Zahl der Gänge und Rezepte des Arztes u. ſ. w. — Natürlich bleibt immer die Beanſtandung und Prüfung der dafür aufgerechneten Beträge vorbehalten; gerade wie bei Handelsbüchern die Prüfung der angeſetzten Proviſion, Zinſen u. dgl.

7) So wie überhaupt beſondre Vorſchriften über den Beweis, welche in Civilrechts-Geſetzen, bezüglich einzelner Rechtsmaterien, vorkommen, in der Anwendung den Beſtimmungen der Gerichtsordnung vorgehen [31]), ſo iſt dies auch mit den Vorſchriften des Preußiſchen Landrechts über Handelsbücher der Fall [32]).

§. 4.

Von Originalien und Abſchriften.

Unter Original, lehrt Bayer[1]) „verſteht man nicht „bloß das erſte in vollkommner Form vollzogne Exem-„plar einer Urkunde, ſondern jedes Exemplar, bei deſſen Ab-

und Handwerkern, beſteht. — Auf Kreittmayrs weiter gehende Aeuſſerung kann kein Gewicht gelegt werden. Vgl. Komm. Bd. I S. 21 ff.

31) S. oben Komm. zu Kap. IX §. 1.

32) Erk. des AG. für den vormaligen Rezatkreis vom 20. Juli 1818 H. $^{315}/_{1818}$); vom 26. Jan. 1821 S. 159 $^{19}/_{20}$; vom 6. Juni 1837 M. 775 $^{35}/_{36}$.

1) Vorträge zu Martin's Lehrbuch §. 205.

„Abfassung der ursprüngliche Errichtungsakt von denselben Hauptpersonen wiederholt worden ist. — Es können demnach von derselben Urkunde auch mehrere Originalien vorhanden seyn. — Kopieen dagegen sind bloße Nachbildungen eines Originals, ohne Wiederholung des ursprünglichen Errichtungsaktes. Man unterscheidet zweierlei Arten derselben, einfache und beglaubigte. Beglaubigt nennt man sie dann, wenn die Abschrift von einer hiezu authorisirten Behörde oder Person mit dem Originale verglichen und die Uebereinstimmung beider in gehöriger Art bestätigt worden ist (vidimus, copia fidemata), einfach (copia simplex, vaga) wenn diese Bestätigung mangelt.“[2]).

Was nun

1) die einfachen Abschriften betrifft, so bestimmt die Gerichtsordnung, daß sie für sich allein nichts beweisen. Hierüber ist

a) zu bemerken, daß der Sinn der Frage, ob und inwiefern die Abschrift einer Urkunde Beweiskraft habe, immer nur darauf gehe: ob und inwiefern sie die Stelle des Originals vertreten könne. Hat das Original seinem Inhalte nach oder wegen eines Mangels der Errichtung keine Beweiskraft oder Gültigkeit, so versteht sich von selbst, daß auch die bestbeglaubigte Abschrift wirkungslos sey. Auch kann natürlich der Aechtheitsbeweis bei Urkunden, für welche der Produzent ihn zu liefern hätte[3]), durch Vorlage einer auf das förmlichste vidimirten Abschrift nicht umgangen werden[4]).

b) Für sich allein beweisen einfache Abschriften

2) Vgl. Spangenberg Lehre vom Urk. Bew. Bd. I S. 60.

3) S. unten §. 7.

4) Hat etwa bei Gelegenheit der Vidimirung die Anerkennung der Aechtheit von Seite des Gegners stattgefunden, so fällt natürlich dieses Bedenken weg.

nichts. Im Zusammenhange mit andern Behelfen können sie sogar vollständigen Beweis liefern z. B. wenn eine als Geständniß vollgültige Anerkennung ihrer Uebereinstimmung mit dem Originale von Seite des Produkten — beigebracht werden kann[5]). — Für beweiskräftig erklärt die Gerichtsordnung insbesondre diejenigen Abschriften, welche α) sehr alt[6]), und β) entweder im Archiv befindlich oder wenigstens von einer bekannten Gerichts- oder Kanzleihand[7]) geschrieben, auch zugleich γ) durch andre solche[8]) Behelfe mitunterstützt sind. Unter diesen Umständen soll es erst in richterlichem Ermessen steh'n, ob, und in wieweit dieselben Glauben verdienen. — Die Gesetzesvorschrift schließt Annahme vollständigen Beweises nicht aus; Kreittmayrs Ansicht, welcher das richterliche Ermessen auf Zuerkennung eines nothwendigen Eides beschränkt[9]), kann nicht als entscheidend gelten.

Auch läßt sich nicht behaupten, daß einfachen Abschriften nur unter diesen Umständen einige Beweiskraft zukomme. Die Anwendung der Regel „exceptio firmat regulam in casibus non exceptis" rechtfertigt eine solche Beschränkung deßwegen nicht, weil hier die

5) S. Kreittmayr in der Anmerk. lit. a.

6) Ueber das Daseyn dieser Eigenschaft ist im Zweifel das Gutachten wenigstens eines der Diplomatik Kundigen zu erholen. Arg. GO. Kap. X §. 16 Nr. 7.

7) Was sich aus der Vergleichung mit vorliegenden Akten ergiebt, und worüber im Zweifel Schreibverständige zu vernehmen sind. S. unten § 8 Nr. 3.

8) Worunter wohl urkundliche zu verstehen sind. Vgl. übrigens oben §. 2 Note 21.

9) Er scheint jedoch diese Beschränkung für den Fall, wenn sich die Abschrift nicht einschichtig, sondern in einem archivalischen Kopialbuche vorfindet, nicht ausdehnen zu wollen. S. Anmerk. lit. b.

Regel überhaupt nur denjenigen Abschriften die Beweiskraft völlig abspricht, welche für sich allein stehen. Wo immer also mit der Abschrift andre Behelfe zusammentreffen, ist die Annahme einiger Beweiskraft von der gesetzlichen Regel nicht ausgeschlossen[10]). Was im Gesetze — unlogisch — als Ausnahme bezeichnet ist, erscheint bei dem Zusammenhalte mit der Regel nur als ein vorzüglich bedeutsamer Fall der in die Regel selbst aufgenommenen Beschränkung.

2) In Ansehung der beglaubigten Abschriften bestimmt die Gerichtsordnung:

„Vidimirte Abschriften, welche vollständige Beweise machen sollen, müssen folgende Requisite an sich haben. Es soll nemlich die Vidimation anders nicht als auf Begehren von der ordentlichen Obrigkeit[11]), aus erheblicher Ursache[12]) und nach vorläufiger Citirung der interessirten Theile[13]) von dem

10) Dies gilt auch von Abdrücken der Urkunden in bekannt gemachten Urkundensammlungen und andern dergleichen Werken. Ueber das richterliche Ermessen in dieser Beziehung vgl. oben §. 2, II lit. c a. E.

11) In der Regel von dem in der Hauptsache zuständigen Gerichte, oder, soferne Gefahr auf dem Verzug oder ein Rechtsstreit noch nicht erhoben ist, vor dem ordentlichen Richter des Impetranten oder Impetraten oder vor dem Gericht des Orts, wo das Originaldokument liegt.

12) Der Zweck, zu welchem die Urkunde dienen soll, muß angegeben werden.

13) Erscheint die eine oder andere Parthei nicht, so „wird in contumaciam mit der Vidimation von Amtswegen verfahren, und müssen sich die Ausbleibenden sodann selbst beimessen, wann bei der Transsumirung oder Collationirung entweder aus Unverstand oder Unachtsamkeit des Richters oder Commissarii zu ihrem Schaden etwas unterlassen wird.“ Anmerk. lit. c.

Gerichts-Aktuar oder bestellten Kommissär [14]) von Wort zu Wort getreulich vorgenommen, das transsumirte (kopirte) Original selbst allerseits genügend eingesehen und ob es an Schrift, Siegel und der Unterzeichnung unkorrigiret und unverletzt sey, wohl untersucht, sodann in dem vidimus und Transsumt selbst von allen diesen merkwürdigen Umständen, und an dem Original befundenen Mängeln ausdrückliche Meldung gemacht werden."

Die Beobachtung dieser Förmlichkeiten wird aber, um die beglaubigte Abschrift statt des Originals gelten zu lassen, im Sinne neuerer Gesetzesvorschriften [15]) nach allgemeiner Praxis bei denjenigen Abschriften und Auszügen für unnöthig erachtet, welche öffentliche Behörden von den bei ihnen geführten Protokollen, aus den öffentlichen (z. B. Hypotheken-, Kirchen-) Büchern oder (z. B. Adels-, Wechsel-, Realgewerbs-) Matrikeln, von ihren eignen Verfügungen oder den an sie ergangnen Mittheilungen andrer Behörden, unter amtlicher Bezeugung der Uebereinstimmung mit dem Originale ausfertigen. — Aber auch ausserdem stehen die von einer öffentlichen Behörde ohne Beobachtung obiger Vorschriften, desgleichen die von einem Notar [16]) gefertigten Abschriften

14) Die Collationirung der Abschrift mit dem Original kann von dem Gerichtsaktuar **oder** von dem bestellten Kommissär, jedoch nur im Beiseyn des anderen vorgenommen werden; denn die Vidimation ist eine gerichtliche Handlung, und allen gerichtlichen Handlungen, wie sie immer Namen haben mögen, soll nebst dem Richter ein Aktuar beiwohnen. Anmerk. zu Kap. II §. 3 lit. c. **Komment.** Bd. I S. 265.

15) Vgl. Beil. V zur VU. §. 8; Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 §§. 110, 116; Prozeßgesetz vom 17. Nov. 1837 §. 64 Abs. 1.

16) Bei Abschriften, die im Auslande von Behörden oder Notaren beglaubigt werden, ist die Zuständigkeit derselben nach den dortigen Gesetzen zu beurtheilen.

nicht auf gleicher Linie der Glaubwürdigkeit mit den jeder Beglaubigung entbehrenden, indem sie zwar für sich weder zum ganzen noch zum halben Beweise hinreichen sollen, wohl aber zur Bescheinigung dienen, und in Verbindung mit andern Behelfen mehr Gewicht haben, als die ganz einfachen[17]).

Selbst bei denjenigen Abschriften, welche an die Stelle des Originals zu treten geeignet sind, kann jedenfalls die Einsicht des Originals, wenn solche zu erlangen steht, sowohl vom Richter von Amtswegen beschlossen, als auch vom Gegentheil beantragt werden[18]).

3) Die Beweiskraft der Abschriften von Abschriften hängt davon ab, ob und inwiefern obigen Bedingungen derselben sowohl bei der ersten als zweiten genügt wurde[19]).

Die in Vorstehendem erörterten Grundsätze dienen auch zur Richtschnur, wo es sich von Anwendung des §. 18 Nr. 1 des Prozeßgesetzes von 1837, insbesondre der Worte „oder in beglaubigter Form" handelt.

§. 5.

Von Produzirung und Uebergebung der Dokumente. (Gang des Verfahrens beim Urkundenbeweis[1]).

I. Die Antretung des zwischenbescheidlich aufgelegten Beweises durch Urkunden geschieht regelmäßig mittels Vorlage von Abschriften derselben, sofern es der Beweisführer nicht vorzieht, sogleich das Original zu den Akten zu geben[2]).

17) GO. XI §. 4 Nr. 3.

18) Kreittmayr in der Anmerk. lit. c.

19) GO. a. a. O. Nr. 4.

1) Hellmuth Lauf des Civilproz. S. 106 ff.

2) Von dem Falle, wenn die Dokumente verloren gegangen sind, s. unten §. 12.

Wenn sich die Beweis-Urkunden in Original oder Abschrift bereits bei den Akten des vorliegenden Rechtsstreits befinden, so genügt es, sich darauf zu beziehen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn in der Klage, Vernehmlassung, Replik oder Duplik Urkunden in Bezug genommen und abschriftlich beigelegt worden sind, worüber im Kommentar Bd. II S. 163, 244 Bd. III S. 25, 117 Note 8 das Nähere vorgetragen ist. Sind dieselben schon anerkannt oder (s. unten §. 7 Nr. 2) dafür zu achten, so wird dies angeführt und geltend gemacht. Hatte der Gegner die vorgelegte (Privat-) Urkunde im Vorverfahren bereits diffitirt, so muß die Beweisantretung (s. unten §. 8 Nr. 1) sogleich auf Erprobung der Aechtheit derselben gerichtet werden[3]).

Weitläufigere Urkunden werden in einem Auszuge vorgelegt, welcher die auf den Beweissatz sich beziehenden Stellen enthält. Die allgemeine Beziehung auf Akten, welche nur dem Betreffe oder dem Bande nach, ohne Bezeichnung der einschlägigen Produkte und Verhandlungen angegeben werden, genügt zur Beweisantretung nicht[4]).

Von Urkunden in fremder Sprache muß zugleich eine Uebersetzung beigefügt werden[5]).

Die Beweisantretung kann schriftlich eingereicht oder (nemlich in protokollarisch verhandelten Sachen) zu Protokoll gegeben werden. Soferne nicht zugleich Zeugenbe-

3) In solchem Falle die Produktion der Abschrift und die Erklärung des Produkten unnützerweise wiederholen zu lassen, hat kein Gesetz für sich, und die Natur der Sache gegen sich.

4) Bl. f. RA. Bd. I S. 222, Bd. V S. 112; vgl. auch Bd. VII S. 112 und unten zu Kap. XII §. 5.

5) Hier kann später die Beiziehung eines Dollmetschers als Sachverständigen nothwendig werden; von einem solchen gelten die unten zu Kap. XII §. 3 zu erörternden Grundsätze über Sachverständige. Vgl. übrigens auch oben S. 29 Note 13, S. 84. Bl. f. RA. Bd. VII S. 124.

weis geführt wird, genügt bei Uebergabe der Beweis-Urkunden in Abschrift resp. bei der Bezugnahme auf dieselben in der Regel die Anführung des zu beweisenden Satzes oder die kurze Beziehung auf solchen. Sind die Urkunden weitläufiger, oder ist die Beweisauflage zusammengesetzt, so werden bei der Beweisantretung die einzelnen Theile des Beweissatzes zergliedert und bei jedem die dazu passenden Stellen der Urkunden angeführt[6]). Sind neben den Urkunden auch Zeugen als Beweismittel benannt, so werden wie bei dem reinen Zeugenbeweis Artikel (S. 28 oben) aufgestellt; wobei anzuzeigen ist, welche Artikel durch Zeugen und welche durch Urkunden bewiesen werden sollen.

Will der Beweisführer Urkunden als öffentliche geltend machen, hinsichtlich welcher diese Eigenschaft beanstandet werden könnte, so mögen die Gründe für Annahme derselben schon in der Beweisantretung dargelegt werden[7]), unter Stellung der Bitte: auf Verlangen des Gegners Termin zur Vorlage und Einsichtnahme des Originals anzuberaumen. Abgesehen von solchen Fällen und etwaigen Anlässen, außergewöhnliche Prozeßschritte zu beantragen (s. oben S. 22), kann die Bitte der Beweisantretung lediglich darauf gehen: das zur Beweis-Verhandlung Geeignete zu verfügen.

II. In dem Dekrete auf die Beweisantretung werden

6) Die Antretung des Urkundenbeweises enthält hier zugleich schon die Beweisausführung unter Bedingung der nachzuweisenden Aechtheit in sich. Martin §. 209.

7) Damit nicht der Richter nach erfolgter Erklärung des Gegners, die Eigenschaft als öffentliche Urkunde verkennend, das für Privaturkunden geeignete Rekognitionsverfahren einleite. S. unten §. 7 Note 12. — Jedoch ist es Sache des Beweisführers, zu erwägen, ob nicht zu besorgen, daß der Gegner durch die fragliche Ausführung auf die obwaltenden Bedenken erst aufmerksam gemacht werde.

Urkunden, deren völlige Unwirksamkeit für den Zweck der Beweisführung zu Tage liegt, sofort verworfen, im Uebrigen geschieht Mittheilung an den Gegner, mit der Aufforderung, binnen anberaumter Frist sich darauf zu erklären[8]) und etwaigen Gegenbeweis anzutreten. Zugleich ergeht Verfügung in Betreff eines Zwischenverfahrens z. B. über Urkundenedition, wenn die Beweisantretung hiezu Anlaß gab.

Die Erklärung des Produkten kann zunächst darauf gerichtet seyn, die völlige Unwirksamkeit der vorgelegten Urkunde zu zeigen und ihre gänzliche Verwerfung auszuwirken; wenn er es aber nicht darauf wagen will, in den gesetzlichen Rechtsnachtheil[9]) zu verfallen, so muß er sich jedenfalls innerhalb der vorgesteckten Frist

a) bei Privaturkunden darüber aussprechen, ob er sie als ächt anerkenne, oder ihre Aechtheit widerspreche, oder sich die Erklärung bis zur Vorlage und Einsicht des Originals vorbehalte[10]).

b) Bei öffentlichen Urkunden erklärt der Produkt, ob er die Vorlage des Originals verlange oder nicht, ob er etwa ohne diese den Beweis der Unächtheit zu liefern gedenke. Will er die Urkunde nicht als öffentliche gelten lassen, so entwickelt er die deßfallsigen Bedenken.

Ueberall, wo noch die Vorlage des Originals (sei dies eine Privat- oder öffentliche Urkunde) verlangt wird,

8) GO. XI §. 7 Nr. 1. — Vgl. Hellmuth Lauf des Civilproz. S. 106 ff.

9) GO. XI §. 7 Nr. 2.

10) GO. a. a. O. Nr. 1. Handelt es sich von Urkunden in einer fremden Sprache, so hat sich Produkt auch darüber zu erklären, ob er die Richtigkeit der vorgelegten Uebersetzung anerkenne, oder die Prüfung durch verpflichtete Sachverständige verlange. Bl. f. RA. Bd. VII S. 126.

oder wo überhaupt, in Betreff andrer Beweismittel[11]) oder des angetretnen Gegenbeweises, noch weitre Verhandlungen[12]) bevorstehen, ist es zwar zulässig aber nicht nothwendig, etwaige Einwendungen über Beweiskraft und Gültigkeit[13]) schon in der hier besprochenen Erklärung vorzubringen[14]). Hieher gehören sie aber im Falle sofortiger Anerkennung oder Diffession[15]) der Urkunden, wenn diesen kein anderes Beweismittel zur Seite und kein Gegenbeweis entgegen steht. Von Seite des Richters wird darauf, wenn die vorgetragenen Einwendungen des Produkten nicht offenbar unerheblich sind, Tagfahrt zur Verhandlung[16]) über dieselben anberaumt, welche zu-

11) Z. B. anderer Urkunden, für welche die Vorlage des Originals begehrt wird.

12) Ist zugleich Zeugenbeweis geführt, so können die Einwendungen gegen die Beweiskraft der Urkunden noch im Disputirsatze Platz finden. S. jedoch unten §. 9 Nr. 4.

13) Von der Gültigkeit zum Beweise (oben §. 1 Note 13), nicht von der Gültigkeit des beurkundeten Rechtsakts, ist hier die Rede. — Einreden in letzterer Beziehung, welche das Internum instrumenti betreffen, z. B. die Gültigkeit wegen Betrugs, Zwangs oder Irrthums bestreiten, waren schon im Vorverfahren, in der Vernehmlassung vorzubringen. Vgl. Kreittmayr zu §. 9 lit. e. — S. übrigens §. 7 a. E.

14) Will der Produkt einen Gegenbeweis, gerade zur Begründung dieser Einwendungen, führen, so gelten über die Zeit seiner Antretung die allgemeinen Grundsätze. S. Kap. IX §. 12.

15) Bei erfolgter Diffession für den Fall der Lieferung des Aechtheitsbeweises.

16) Diese besteht regelmäßig aus einer Gegenerklärung des Produzenten und einer Schlußäusserung des Produkten. — Im schriftlichen Verfahren geschieht auch diese Incident-Verhandlung in Wechselsätzen mit abgekürzten, etwa 14tägigen Fristen. — Vgl. unten §. 7 Nr. 4.

gleich, im Falle geschehener Diffession, zur Antretung des Aechtheitsbeweises (s. unten §. 8) bestimmt werden kann.

Kommt es zur Vorlage des Originals, so findet, wie auch in andern Fällen des Bevorstehens weiterer Verhandlungen, die Anberaumung einer besondern Tagfahrt zur Verhandlung über die etwa schon vorgetragnen Einwendungen nicht statt, sondern es dient die Tagfahrt, welche auf die Erklärung des Produkten resp. nach der Einleitungsverhandlung über den von diesem angetretnen Gegenbeweis [17]) — zur Produktion der Originalurkunden anzuberaumen ist, zugleich zur Verhandlung über die in Ansehung der Gültigkeit und Beweiskraft der produzirten Urkunden bereits früher oder jetzt erst vorgebrachten Bedenken [18]).

III. „Die Original-Dokumente selbst müssen in dem „ordentlichen Beweise, welcher durch Artikel geht, zur „nemlichen Zeit, wo man zum Zeugenverhöre schrei„tet, in dem summarischen Beweise aber an dem „durch die Obrigkeit bestimmten Tage in Beiseyn des „Gegentheils produzirt werden, so daß, wenn die Pro„duktion dabei versäumt wird, sie alsdann nicht mehr „zugelassen, sondern das Dokument ipso facto für ver„worfen zu halten ist, es sei denn, daß man durch ehe„hafte Ursachen daran verhindert worden, oder das Ori„ginal erst hernach zum Vorschein gekommen, auch ein „oder das andere mit einem körperlichen Eide zu erhär„ten oder sonst erweislich sey" [19]).

Zur Erläuterung dieser Gesetzstelle mögen folgende Bemerkungen dienen.

17) Auch hier gilt der Grundsatz, daß Beweis und Gegenbeweis zusammen und gleichzeitig, soweit dies nach Beschaffenheit des einzelnen Falles möglich, aufgenommen werden sollen. S. oben Kap. X §. 1.

18) Vgl. hiezu unten §. 7 Nr. 4 und §. 9 Nr. 4.

19) GO. XI §. 5 Nr. 4, 5.

a) Wird zugleich Zeugenbeweis geführt, so umfassen die Beweisartikel auch die durch Urkunden zu erprobenden Thatumstände, und es ist darauf Bedacht zu nehmen, daß die Benützung der mehreren Beweismittel gleichzeitig geschehe. Die zur Vorstellung, Beeidigung, Abhörung der Zeugen anzuberaumende Tagfahrt soll zugleich, wenn die Zeit ausreicht, zur Vorlage der Originalurkunden dienen.

b) Der Produkt muß jedenfalls zum Produktionstermine geladen werden; aber die Vorschrift „die Original-Dokumente müssen in Beiseyn des Gegentheils produzirt werden" ist nicht so zu verstehen, als ob die Produktion, wenn der geladene Gegentheil nicht erscheint, nicht vor sich gehen könne; vielmehr hat dessen Ausbleiben die Verwirklichung des Präjudizes der Anerkennung zur Folge.

c) Inwiefern die Produzirung beglaubigter Abschriften die der Originalien vertreten könne, ist nach dem oben zu §. 4 Vorgetragnen zu bemessen. — Befindet sich die Urkunde im Original oder in gleichzuachtender Abschrift bereits in den Akten dieses Prozesses, so dient statt der Produktion die Bezugnahme auf die betreffenden Band und Blatt der Akten [20]).

d) Wenn der Produzent im anberaumten Produktionstermine erscheint, jedoch die Produktion [21]) nicht vornimmt, sondern um Verlegung der Tagfahrt bittet, so ist die Frage, ob diesem Gesuche stattzugeben, nach Vorschrift der §§. 31 ff. der Prozeßnovelle von 1837 zu beantwor-

20) Das ist der Sinn der Vorschrift Nr. 8 des gegenwärtigen §en, wie solches aus dem in den Anmerkungen hiezu allegirten Berger erhellt. Die beigefügte Ausnahme „wenn die Sache ad concursum kömmt" ist nur eine uneigentliche; weil die Regel Identität des Prozesses (eandem causam) voraussetzt, welche bei der späteren Konkursverhandlung nicht vorhanden ist.

21) Ueberhaupt oder einzelner Urkunden.

ten; jedenfalls gebührt in solchem Falle dem Gegner Erstattung der verursachten Kosten.

e) Versäumt ist die Produktion, wenn der Beweisführer entweder im Produktionstermine gar nicht erschienen ist, oder in demselben die Vorlage der fraglichen Urkunde unterlassen hat, ohne zur späteren Produktion eine neue Tagfahrt unter den gesetzlichen Voraussetzungen zu erbitten.

f) Was hier die Gerichtsordnung darüber bestimmt, inwiefern die stattgefundene Versäumniß unschädlich werden könne, ist nun mit Rücksicht auf die Vorschriften des Abschnitts IV der Prozeßnovelle von 1837 anzuwenden; die Nachweisung der ehehaften Verhinderungsursachen kann jedoch auch nach dem geltenden Rechte durch eidliche Erhärtung geschehen [22]).

g) Besteht das Original in Einträgen eines Handelsbuches, und der produktionspflichtige Handelsmann wohnt in weiter Ferne vom Sitze des Prozeßgerichtes, so kann derselbe verlangen, daß der Produktionsakt bei dem (zu requirirenden) Gerichte seines Wohnorts stattfinde [23]).

22) Die spezielle Vorschrift der GO. a. a. O. ist durch die allgemeine des §. 38 der Novelle nicht aufgehoben, indem eine Kombination beider zur Anwendung wohl stattfinden kann, und die Ueberschrift des Abschnitts IV die Stelle der GO. XI §. 5 Nr. 5 unter den abgeänderten nicht aufführt.

23) Feust in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 65. Wenn in solchem Falle der zur Produktionstagfahrt geladene Produkt die weite Reise selbst oder durch seinen Anwalt machen will, so kann er Erstattung der darauf verwandten Kosten nur insofern verlangen, als überhaupt sein Gegner zum Kostenersatze verurtheilt wird. — Es handelt sich hier nicht von einer blosen Gunst und Gefälligkeit, bezüglich welcher den Produzenten die besondern Nachtheile wie die Vortheile treffen, sondern von einer durch die Umstände rechtlich begründeten Ausnahme von der Regel, welche eben darum keine besondern

IV. „Bei der Produktion und Uebergabe ist zwischen „documentis connexis, welche nur einerlei, oder zwar „verschiedene, doch in gewissem Maaße miteinander ver„bundene Sachen in sich begreifen, und non connexis „ein wohl merklicher Unterschied zu beobachten. Jene „müssen ganz und integraliter producirt werden, bei die„sen aber kann die Produktion extraktsweise quoad pas„sus concernentes geschehen, und man ist nicht schuldig, „dem Gegentheil das ganze Originaldokument einsehen „zu lassen. Wohl hingegen kann man sich dessen gegen „den Richter niemals weigern, damit er desto sicherer „urtheilen könne, ob und wieweit etwa dem Gegentheile „an gleichmäßiger weiterer Einsicht gelegen sey."

Eine Urkunde, welche ihrem ganzen Inhalte nach, obwohl in abgetheilten Bestimmungen und nach verschiednen Seiten, nur einen Hauptgegenstand, oder zwar mehrere doch zusammenhängende Sachen betrifft, ist im Sinne der Gerichtsordnung documentum connexum. Es genügt hier nicht, blos die einzelnen Stellen, mit welchen der obliegende Beweis geführt werden will, zur Einsicht vorzulegen, das Ganze muß produzirt werden. Dies gilt von Vertragsurkunden jeder Art, von Quittungen und Reversen, von Verleihungsurkunden und letzten Willen. Alle Bestimmungen letzter Willen[24]) haben einen Hauptgegenstand, die Verfügung des Erblassers über sein nachgelassenes Vermögen; als Theile dieser Verfügung begreifen sie durchaus „in gewissem Maaße miteinander verbundne Sachen." — Wenn Kreittmayr zu den documentis connexis auch Handschreiben (Briefe) zählt, so kann man ihm nicht ohne Beschränkung beipflichten. Ein und derselbe Brief kann die heterogensten, nicht im fernsten Zusammenhange miteinander stehenden Gegen-

Verpflichtungen des sie in Anspruch Nehmenden mit sich bringt.

24) Etwa nur die über Erziehung der Kinder ausgenommen.

stände betreffen z. B. die Unterhandlung eines Kaufgeschäftes, und eine geheime rein persönliche Familienangelegenheit.

„Documentum non connexum heißt, welches aus „unterschiedlichen nicht zusammgehörigen Stücken besteht „z. E. Tauf-, Todten-, Copulation-, Handels-, Saal- „und Urbars-Bücher, Rechnungen, Zins-, Stift-, Schar- „werks-Register und dergleichen[25]). Zu den „passus concernentes" gehören nebst den Einträgen, welche den speziellen Streitgegenstand betreffen, auch die allgemeinen Eingangs- und Schluß-Stellen des Buchs oder Registers; dem Produkten kann ferner nicht verwehrt werden, sich von der Einrichtung, Ordnung, Gliederung des Ganzen eine Anschauung zu verschaffen. Noch weiter geht zufolge der angeführten Gesetzstelle die Befugniß des Richters; stößt derselbe bei der Einsicht von Stellen, welche dem Produkten nicht vorgelegt waren, auf Merkmale der Unächtheit, Unordnung, u. dgl., überhaupt auf Umstände, welche auf die Beweiskraft des Ganzen oder doch der extrahirten Stellen Einfluß zu äussern geeignet sind, so liegt ihm ob, den Produkten zu gleichmäßiger Einsicht darauf aufmerksam zu machen.

Sind Aktenstücke Gegenstand der Produktion, und der Produzent hat nur einzelne Stücke eines Aktenbandes vor Augen gelegt, so liegt darin ein Verzicht auf die Benutzung des sonst darin Enthaltenen; wobei jedoch dem Richter unbenommen ist, die produzirten Einzelnheiten in ihrem Zusammenhange mit dem Uebrigen aufzufassen[26]).

V. „Wenn sich das produzirte Dokument auf ein anderes bezieht, so muß dieses zugleich mit produzirt werden." Eine solche Bezugnahme ist vorhanden, wenn das eine Dokument (referens) auf das andere

25) Kreittmayr zu diesem §en lit. f.

26) Bl. f. RA. Bd. VII S. 112 Note 3.

(relatum) als den Träger der näheren Bestimmungen, oder zum Zwecke der Auslegung, Ergänzung oder Vervollständigung verweist; nicht aber schon dann, wenn in der produzirten Urkunde des Daseyns einer anderen nur beiläufig Erwähnung geschieht; eben so nicht dann, wenn das produzirte Dokument laut seines Inhaltes an die Selle des anderen darin erwähnten treten sollte, und wenn bei Abfassung des produzirten Dokumentes die Absicht zum Grunde lag, das andere auſſer Kraft zu setzen oder überflüßig zu machen.

Wenn die Gerichtsordnung die Beschränkung beifügt, „es sey denn offenbar, daß der Gegentheil dasselbe zu seiner Defension nicht bedürfe;“ so will dieses sagen, die Regel solle dann keine Anwendung finden, wenn augenscheinlich vorliegt, daß die angezogene Urkunde dem Produkten zu seiner Vertheidigung nicht dienlich seyn könne. Dieses ist dann der Fall, wenn die produzirte Urkunde allein oder in Verbindung mit andern Behelfen von allem, was auf das fragliche Rechtsverhältniß Einfluß haben könnte, nichts ungewiß läßt, oder wenn über den Inhalt und die Beschaffenheit des documentum relatum nach allen wesentlichen Merkmalen volle Gewißheit vorliegt; hier ist wegen Mangels an Interesse der Produkt die Vorlage des relatum zu verlangen nicht befugt[27]).

VI. Von den im Produktionstermine vorgelegten Originalien pflegt man beglaubigte Abschriften zu den Akten zu nehmen und sofort jene dem Produzenten zurückzugeben. Der Richter, insbesondre auch der Oberrichter, ist jedoch jederzeit befugt, die etwa von Amtswegen oder auf Antrag einer Parthei für nöthig erachtete nochmalige Produktion des Originals anzuordnen. Bei Urkunden, welche anerkannt und auch sonst nicht beanstandet sind, wird dies nicht vorkommen können.

27) Näheres hierüber in den Bl. f. RA. Bd. IV S. 372 und Heise und Cropp jur. Abh. Bd. II Nr. XIV.

VII. „Dasjenige, was in originali vel copia schon „einmal bei Gericht zum Beweise übergeben worden ist, „kann von dem Produzenten ohne Bewilligung des Ge„gentheils nicht wieder zurückgenommen werden, sondern „dient auch diesem, wenn es anders documentum conne„xum ist, allenfalls zum Gegenbeweise, ungeachtet die „Produktion mit der ausdrücklichen Protestation, daß sich „dieselbe auf widrige passus nicht erstrecken solle, ge„schehen ist."

Die Dokumente werden durch die Produktion gemeinschaftlich[28]). Dieser Grundsatz ist nicht so zu verstehen, als ob der Produzent alle in der Urkunde enthaltenen Anführungen und Behauptungen, so weit sie sich auf den Gegenstand des Rechtsstreites beziehen, gegen sich ohne Unterschied als wahr gelten lassen müßte; vielmehr kommt es darauf an, ob dieselben aus dem Standpunkte eines von dem Produkten zu führenden Beweises überhaupt glaubwürdig und beweiskräftig sind. Den Inhalt jener Regel stellen folgende Sätze dar:

1) Der Produkt kann sich der produzirten Urkunde auch zu seinem direkten, wie indirekten Gegenbeweise[29]) bedienen, soferne sie etwas zu diesem Zwecke dienliches enthält. Was darin der Aussteller lediglich zu seinem Vortheile behauptet, hat nach der oben §. 3 Nr. I erörterten Regel (abgesehen von begleitenden Umständen und Behelfen) überhaupt keine Beweiskraft, und erlangt sie auch dadurch nicht, daß die Urkunde wegen ihres übrigen Inhalts vom Gegner produzirt wurde[30]).

2) Der-

28) Bl. f. RA. Bd. V S. 58. Heise und Cropp jur. Abh. Bd. I Nr. VIII. Hesse im Arch. f. civ. Prax. Bd. XXIII S. 1. Linde im Archiv f. civ. Prax. Bd. XXIV S. 77.

29) Vgl. oben S. 63.

30) Vgl. das in den Bl. f. RA. a. a. O. S. 59 angeführte Beispiel.

2) Derjenige, welcher eine Urkunde für sich produzirte, kann im Falle sie nun gegen ihn gebraucht werden will, die Aechtheit nicht oder nur unter Nachweisung eines stattgefundenen Betruges oder Irrthums bestreiten.

3) Der Produzent kann es nicht hindern, daß alles, was sich in der Urkunde auf die Thatsache bezieht, zu deren Erprobung er die Urkunde vorgelegt hat[31]), im Zusammenhange aufgefaßt werde, daß z. B. ein in der Urkunde enthaltenes Geständniß im Zusammenhalte mit den vom Aussteller beigefügten Voraussetzungen, Beschränkungen oder Bedingungen zur Beurtheilung komme.

4) Enthält die Urkunde ein von einem Dritten ausgestelltes Zeugniß, so muß der Produzent auch gelten lassen, was der Aussteller bezüglich der vorwürfigen Sache zu seinem Nachtheile bezeugte, so ferne er nicht die Unglaubwürdigkeit hinsichtlich der nachtheiligen Stellen besonders zu beweisen vermag.

VIII. Die Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtniß durch Produktion der Beweisurkunden hat nach Analogie der Zeugenabhör zum ewigen Gedächtniß[32]) statt, soferne eine obschwebende Gefahr bescheinigt ist. Kreittmayr führt als Beispiele an: wenn das Dokument durch Zeugen rekognosciren zu lassen nöthig ist, oder wenn der Inhaber desselben eine weite Reise vorhat, oder wenn wegen Pest- oder Kriegs-Zeiten der Verlust zu besorgen ist.

31) Enthält die Urkunde das Geständniß des Darleihe-Empfangs, und zugleich die Behauptung der Zurückzahlung desselben, so sind das zwei verschiedne Thatsachen.

32) S. oben S. 109 — 12. Linde Abhandlung. Bd. II S. 8. 30.

§. 6.

Von Herausgebung und Edirung der Urkunden [1]).

I.

Eine allgemeine Voraussetzung jedes Anspruchs auf Urkunden-Edition [2]) ist, daß

„die herauszugebende Urkunde zur Sache dienlich,
„und dem Impetranten daran (an der Edition)
„gelegen sey [3])."

Allein das Daseyn eines rechtlichen Interesse ist zur Begründung des Anspruchs nicht immer hinreichend, indem die Gerichtsordnung, wie folgt, unterscheidet:

1) „Der Kläger ist schuldig, alle in Händen habende „Briefschaften ohne Unterschied, ob er sie selbst in dem „Prozesse für sich gebrauchen wolle oder nicht, dem Be„klagten zu seiner Defension und damit er seine Excep„tionen daraus beweisen möge, auf Begehren zu ediren."

Unter „Briefschaften" werden hier Urkunden jeder Art verstanden. Der Kläger ist zur Edition nicht erst dann verbunden, wann es zum Beweise kommt; der Beklagte kann sie überhaupt zu seiner Defension, insbesondere auch schon vor der Vernehmlassung auf die Klage, zum Zwecke der Information, verlangen. In solchem Falle

1) Martin Mittermaier über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden im Civilprozesse. Heidelberg 1835.

2) Daß in diesem §en nur von Editionsgesuchen in Bezug auf einen andern (Haupt-) Prozeß die Rede sey, erhellt aus dem Eingange: „Die Herausgebung der zum Beweise nöthigen Urkunden" u. s. w.

3) Auch bei Urkunden, welche der Editionssucher als ihm „zugehörig oder gemeinschaftlich" in Anspruch nimmt. Denn diese Eigenschaften bringen es noch nicht mit sich, daß gerade in Bezug auf die anhängige Sache die Einsicht von Interesse sey.

kann der Editions-Anspruch zu Begründung einer dilatorischen Einrede dienen [4]).

Der Kläger soll ausnahmweise zur Edition nicht verbunden seyn, „wenn a) sie die (Urkunde) zu seiner des „Klägers eigner Schande gereichen, oder b) die dadurch „zu beweisende Exception auch klagweise vorgebracht wer„den könnte, und mehr eine Rekonvention als Compen„sation in sich hielte."

Mit Unrecht nimmt v. Stürzer [5]) drei Ausnahmen an; die beiden letzten durch und verbundenen Glieder des Satzes gehören zusammen [6]). Demnach genügt es zur Begründung der Ausnahme nicht, daß die durch die Urkunde zu beweisende Einrede zu denen gehört, welche auch klagweise vorgebracht werden können; ihr Vorbringen muß zugleich mit einem wenigstens eventuellen Rekonventionsantrage geschehen seyn [7]).

Ohne allen Grund wird von Manchen behauptet, eine weitere Ausnahme bestehe für den Fiskus [8]).

2) „Der Beklagte ist dem Kläger Dokumente zu „ediren nicht schuldig, ausser

„a) wenn sie dem letzteren zugehörig, oder

„b) wenigstens gemeinschaftlich sind, oder

4) Bl. f. RA. Bd. II S. 275; Bd. IV S. 127.

5) Civilgerichtsverfahren S. 671.

6) Kreittmayr giebt als Quelle der Vorschrift Seyfart Cap. XIV §. 26 an, wo es heißt: „Wenn des Beklagtens exception per modum actionis vorgetragen werden kann, und in der That eine Roconvention, oder compensationem involuiret."

7) Diese Auslegung rechtfertigt sich daraus, daß unser Gesetz, abweichend von seiner angeführten Quelle, den Ausdruck braucht: mehr eine Rekonvention, als Kompensation."

8) Bl. f. RA. Bd. I S. 57—8, Bd. VII S. 127—8.

„c) wenn er dieselben zum Beweise seiner Replik „nöthig hat, oder

„d) wo es sonst der Richter billig finden würde."

Dieser Vorschrift zufolge gilt als Regel Editionsfreiheit des Beklagten. Begehrt Kläger vom Beklagten Edition von Urkunden, muß er das Daseyn eines der gesetzlichen Ausnahmsfälle zeigen.

Zu a. Der Ausdruck „zugehörig" bezeichnet nicht blos das Eigenthum der Urkunde, sondern überhaupt jeden Anspruch auf Herausgabe derselben.

In fr. 181 de verb. signif. äussert Pomponius:

„Verbum illud „pertinere" latissime patet: „nam et iis rebus petendis aptum est, quae „dominii nostri sint, et eis, quas jure aliquo „possideamus, quamvis non sint nostri „dominii. Pertinere ad nos etiam ea dicimus, „quae in nulla eorum causa sint, sed esse „possint." (D. h. Sachen, an die wir einen rechtlichen begründeten Anspruch machen können) [9].

Wer die Hinausgabe [10] gewisser Urkunden verlangen kann, ist um so mehr deren Edition zu fordern befugt; so der Geschäftsherr von dem Geschäftsführer die Edition der Urkunden, die zum Zwecke der Geschäftsführung gefertigt, oder in die Hände des Letzteren gekommen [11]) sind; so auch bei Uebertragungen von Sachen der Nachfolger vom Veräusserer die Edition der über den Besitztitel und die Real-Verhältnisse der Sache vorhandnen Dokumente [12]). Jede Urkunde ferner, welche des Im-

9) M. Mittermaier a. a. O. S. 21 Note 24.

10) Herausgabe wird im Konterte des Gesetzes als synonym mit Edition gebraucht.

11) Fr. 9 pr. de edendo (2, 13); fr. 8 pr. mandati (17, 1).

12) Fr. 52 pr. de act. emt. vend. (19, 1); Const. 24 de fideicomm. (6, 42).

ploranten wegen, in seinem Interesse gefertigt worden, ist in Bezug auf Edition als ihm zugehörig zu betrachten[13]).

Der Anspruch kann auf eignem Rechte oder auf einer Einräumung desjenigen, dem die Urkunde zugehörig ist[14]), oder auf einer Succession in dessen Rechte beruhen[15]).

Zu b. Gemeinschaftlich ist die Urkunde, wenn Implorant Einer von Mehrern ist, denen sie (im bezeichneten Sinne des Worts „pertinere") zugehört. Nicht blos Miteigenthum ist hier gemeint, sondern überhaupt jeder Anspruch auf Mitbenützung, fuße dieser auf einem dinglichen oder persönlichen Rechte. Letzte Willen sind gemeinschaftliche Urkunden für Alle, welche als Testaments- oder Intestaterben, als Legatare oder Gläubiger dabei betheiligt sind[16]); in Vertragsverhältnissen sind nicht blos die gemeinschaftlich errichteten Vertragsurkunden, sondern auch alle zur Unterhandlung, Eingehung[17]) und Vollziehung[18]) des Geschäftes gemachten schriftlichen Mittheil-

13) Fr. 4 §. 1 de edendo (2, 13): „aequum fuit, id quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi."

14) Vgl. §. 24, 116 des Hyp. Ges.

15) Eine solche Succession findet auch bei abgeleiteten Rechten statt, indem z. B. der Pfandgläubiger gewissermassen als Successor des Verpfänders erscheint, wodurch die Urkunden über die Realverhältnisse der Pfandsache für ihn gemeinschaftlich werden.

16) Kreittmayr zu diesem §en lit. c.

17) Z. B. die Rescripte des Finanzministeriums über Bewilligungen, Abfindungen im Vergleichswege. Bl. f. RA. Bd. VII S. 127.

18) Auch Quittungen, welche häufig Vorbehalte und Klauseln enthalten, dem Aussteller auch dazu dienen können, die in der partiellen Erfüllung liegende Anerkennung des Rechtsverhältnisses zu beweisen. Linde in der Gießner Zeitschrift Bd. I S. 220.

lungen [19]) den Contrahenten gemeinschaftlich; zwischen Rechnungsherrn und Rechnungssteller [20]) hat die Rechnung die Eigenschaft einer gemeinschaftlichen Urkunde, zwischen Gutsherrn und Gutshintersassen die Saal- und Lagerbücher, die Stift-, Zins-, und Schaarwerks-Register [21]),

19) In Bezug auf Handelsbriefe äussert v. Blattner (über Edition gemeinschaftlicher Urkunden S. 50): Diese vertreten bei Kaufleuten verschiedener Orte, welche in Geschäftsverbindung mit einander stehen, ganz und gar die Stelle der Vertragsinstrumente, die durch beiderseitige Mitwirkung errichtet werden. So wie mehrere gegenseitig ausgewechselte Exemplare einer und derselben Kaufurkunde, deren jedes die Unterschrift eines der Kontrahenten trägt, zusammen nur ein Ganzes ausmachen und nur eine einzige Urkunde bilden, so wie die Antwort nothwendig auf die Frage zurücksieht, und die beiderseitigen Erklärungen des Offerenten und Acceptanten in ihrem Zusammenhange aufgefaßt als eine harmonische Erklärung erscheinen, so sind auch die mehreren gegenseitigen auf einander, und auf die Eingehung bestimmter Geschäfte bezüglichen Briefe unter Handelsfreunden, als zusammen gehörende Bestandtheile eines, durch beiderseitige Mitwirkung und auf beiderseitige Kosten entstandenen Ganzen, nemlich eines einzigen, über das fragliche Geschäft errichteten Dokuments zu betrachten. — Vgl. v. Bülow und Hagemann pr. Erört. Bd. VII S. 204.

20) Nicht aber in Bezug auf Dritte, deren Zahlungen verrechnet sind. — Ohne Grund betrachten Manche die Handelsbücher der Kaufleute als Urkunden, welche zwischen ihnen und denjenigen, mit welchen sie Geschäfte treiben, gemeinschaftlich sind. Was der Handelsmann einseitig in sein Handelsbuch einträgt, soll offenbar nur zu seinen, nicht zu gemeinschaftlichen Zwecken dienen.

21) Bayer. LR. Th. IV Kap. 7 §. 25 Nr. 8 und Kreittmayr in den Anmerk. zu dieser Stelle: „So wie die Stiftbriefe, Register, Saalbücher und andere Dokumente, welche das Erbrecht und anders dahin Einschlagendes betreffen, communia sind, so ist auch einer dem andern solche auf Begehren zu ediren schuldig.“ — Vgl. v. Stürzer Civilgerichtsverfah-

die Lehenprotokolle[22]) u. dgl.; indem von Urkunden dieser Art angenommen wird, daß sie in gegenseitig-gemeinschaftlichem Interesse errichtet wurden[23]).

Zu c. Reus excipiendo fit actor. Repliken sind Einreden gegen die Einreden des Beklagten. Daher soll für dieselben gelten, was dem Beklagten hinsichtlich der Einreden zusteht.

Zu d. Die Bestimmung, daß der Beklagte dem Kläger überall, wo es der Richter billig finden würde, zu ediren angehalten werden könne, setzt zu ihrer Anwendung voraus, daß im konkreten Falle besondere Umstände[24]) vorliegen, welche eine Abweichung von der Regel der Editionsfreiheit des Beklagten aus dem Gesichtspunkte der Billigkeit zu rechtfertigen geeignet sind[25]). Es geht

ren S. 671. Frhr. v. Zurhein's Zeitschrift für Theorie und Praxis des bayer. Rechts Bd. III S. 168. v. Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen Bd. I S. 98. — Was Kreittmayr in den Anmerk. zur GO. XI §. 6 lit. c dagegen anführt, ist nur ein Allegat eines einzelnen abweichenden Präjudizes.

22) Bl. f. RA. Bd. I S. 112.

23) Auf dieser Annahme beruht auch die solchen Urkunden, unter Voraussetzung des Alters, eingeräumte vorzügliche Beweiskraft. S. oben §. 2.

24) Fr. 3 §. 11 ad exhib. (10, 4): „Eleganter definit Neratius, judicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an justam et probabilem causam habeat actor, propter quam exhiberi sibi desideret.“

25) Z. B. wenn nach den obwaltenden Verhältnissen nur der Beklagte in der Lage war, Beweisurkunden über die streitige Thatsache, z. B. das Daseyn einer Observanz sammeln zu können; oder wenn der Kläger die Beweisstücke, welche in seinen Händen waren, zufällig verloren hat; oder wenn überhaupt die Vorlage der fraglichen Urkunden, in Ermanglung sonstiger Entscheidungsbehelfe, für eine sachgemäße Entscheidung der Streitsache als unentbehrlich erscheint. Leyser med. ad Pand. spec. 38 med. II.

nicht an, einem unbestimmten Billigkeitsgefühle oder der allgemeinen Erwägung Folge zu geben: die Billigkeit fordere überall, daß jede Parthei Alles, was zur Ausmittlung des materiellen Rechtes dienen könne, zur Vorlage bringe. Hätte der Gesetzgeber die Wirksamkeit so vager Billigkeitsrücksichten beabsichtigt, so würde er die Editionspflicht des Beklagten nicht blos als Ausnahme bestimmt, sondern, wie die des Klägers, zur allgemeinen Regel gemacht haben [26]).

Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. Die Gerichtsordnung hat ein Vorrecht des klagenden Fiskus unter die Fälle, in welchen der Beklagte zur Edition ausnahmsweise verbunden seyn soll, nicht aufgenommen, daher die Regel auch für Klagen des Fiskus bestimmt [27]).

3) „Ein dritter Briefsinhaber kann zur Edition nicht „angehalten werden, wenn die Urkunde nicht dem anru„fenden Theile zugehörig, oder wenigstens gemeinschaft„lich ist."

Die Ausdrücke „zugehörig oder gemeinschaftlich" bezeichnen auch hier nicht blos Rechte des Eigenthums und Miteigenthums, sondern überhaupt ein pertinere im oben bezeichneten Sinne. Daher gilt die Editionspflicht des dritten Besitzers insbesondere für diejenigen Urkunden, bei deren Errichtung die Absicht obwaltete, dem Interesse von Berechtigten in der Lage des Imploranten wenigstens mit zu dienen.

Kreittmayr äussert in der Note d: „Ein dritter „Besitzer ist regulariter ad editionem nicht verbunden, „ausser wo es Documentum petentis proprium, aut

26) Bl. f. RA. Bd. V S. 227 – 29.

27) Bl. f. RA. Bd. VII S. 128 Note 1. — Wenn Kreittmayr in der Anmerk. lit. c eine Ausnahme in causis fiscalibus erwähnt, so ist dies nur eine Anführung aus dem gemeinen Rechte. Vgl. Komment. Bd. I S. 22 – 23.

„saltem commune aut omnino publicum ist[28])." In diesen letzteren Worten liegt augenscheinlich eine Erweiterung der gesetzlichen Ausnahme, ein Zusatz, welcher der Gesetzeskraft entbehrt[29]). Auch hinsichtlich der Gerichtsakten, der Notariatsprotokolle, der Rechnungen öffentlicher Verwalter, welche Kreittmayr hier unter den Documentis publicis aufführt, muß die Gesetzesvorschrift zur Anwendung kommen, nach welcher der Umstand, daß deren Einsicht dem Imploranten dienlich seyn könnte und ihm daher daran gelegen ist, zur Begründung des Editions-Anspruchs nicht genügt, sondern ein „pertinere" im mehrerwähnten Sinne vorhanden seyn muß. Zwar bestimmt die Gerichtsordnung XIV §. 3 ganz allgemein, man solle die Gerichtsakten den Partheien und Interessenten, so oft sie es verlangen, zur Einsicht vorlegen. Aber Interessent einer Rechtssache, eines Prozesses ist nicht Jeder, welchem die Einsicht der Akten dienlich seyn könnte, sondern nur wer Antheil oder Interesse bei[30]) der in den Akten verhandelten Sache hat d. h. als Nebenperson, Mitberechtigter, Mitschuldner, Vertreter, Nachfolger im Rechtsverhältnisse betheiligt ist, oder aus irgend einem Grunde sich einzumischen befugt wäre[31]). Für die Hypothekenbücher besteht die besondre Vorschrift, daß jeder Besitzer einer unbeweglichen Sache, jeder darauf eingetragne Gläubiger, desgleichen jeder Andre, welcher wegen eines mit dem Besitzer oder Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses ein Interesse glaubhaft nachweiset, von

28) Kreittmayr hatte hier offenbar die C. 2 de edendo (2, 1) vor Augen. Aber der von ihm allegirte Gail (Lib. I obs. 134 Nr. 1) fügt dem Satze: „acta judicii cuicunque, cujus interest, officio judicis edenda" die Beschränkung bei: „quod tamen declarationem recipit."

29) Komm. Bd. I S. 22—3.

30) Nicht blos an der Sache.

31) S. oben die Note 15.

den betreffenden Stellen Einsicht nehmen kann[32]). Dieselben sind ihrer Bestimmung nach gemeinschaftliche Urkunden für Jeden, dem die Einsicht in der angegebnen Beziehung dienlich seyn kann[32a]). Daß eine solche Bestimmung auch bei Gerichtsakten andrer Art stattfinde, läßt sich offenbar nicht behaupten[33]).

II.

Auch die Nr. 4—6 des gegenwärtigen §. beziehen sich lediglich auf Fälle, in welchen die Edition von Urkunden als Nebensache, als Mittel zum Zwecke eines andern (Haupt-) Prozesses begehrt wird[34]), was zu einem summarischen[35]) in gesonderten Akten zu pflegenden Zwischenverfahren[36]) Anlaß giebt[37]). Hierüber gelten folgende Regeln:

32) Hyp. Gesetz vom 1. Juni 1822 §. 24, 116.

32a) In ähnlicher Weise auch Kirchenbücher, Matrikel über Wechselfähige und Realgewerbe.

33) In der Praxis nimmt man es häufig nicht so genau. Werden Gerichtsakten als Beweismittel bezeichnet, mit der Bitte um deren Edition resp. Adhibirung, so pflegt man dieser Bitte, ohne Prüfung aus dem Standpunkte des pertinere, unmittelbar oder, wenn es Akten eines andern Gerichtes sind, durch Erlassung eines Requisitionsschreibens zu entsprechen. — Wo es sich von Nachweisung eines Lokalstatuts oder einer Gewohnheit handelt, ist gegen diese Praxis nichts einzuwenden, aus Rücksicht auf die hier dem Richter obliegende amtliche Thätigkeit. S. oben S. 15—16. Von den Fällen, wo es sich von einem sonstigen Gerichts-Notorium handelt, s. unten Kap. XII §. 5.

34) Dies erhellt aus den Worten: „zur Sache dienlich."

35) S. oben Bd. II S. 20—1.

36) Auch präparatorisch kann es vorkommen. Vgl. Komm. zu Kap. I §. 10 Bd. I S. 77 ff. Verhandlung in gesonderten Akten ist wegen der möglichen besondern Beweisführung und Rechtsmittel angemessen.

37) Ob dadurch Sistirung des Hauptverfahrens veranlaßt wird,

1) Im Editionsgesuche[38]) ist die vorzulegende resp. herauszugebende Urkunde so zu bezeichnen, daß darüber, welche Urkunde gemeint sei, kein Zweifel besteht[39]). Am besten geschieht dies durch Ueberreichung einer Abschrift, wenn Implorant eine solche besitzt. — Wo die Edition der über einen gewissen Gegenstand geführten Akten begehrt wird, mag sich Implorant mittels Fristgesuches vorbehalten, die Bezeichnung der einzelnen zu benützenden Aktenstücke nachzutragen[40]).

2) Schon aus der Bezeichnung der Urkunde ergiebt sich meistens, daß dieselbe zur Sache dienlich und dem Imploranten an der Edition gelegen sey. Ausserdem ist über das Vorhandenseyn dieses Erfordernisses besondre Bescheinigung — und zwar schon mit dem Editionsgesuche zu liefern. — Gründet sich der Editionsanspruch nicht blos auf die Partheirolle[41]), so müssen die zur Begrün-

hängt von den Umständen ab. Ist die zu edirende Urkunde das einzige oder doch das hauptsächliche Beweismittel, so liegt natürlich in der Einleitung der Nebensache hinreichender Grund zur Sistirung der Hauptsache, welche von dem Editionssucher durch ein Fristgesuch zu beantragen ist (§. 31 der Nov. von 1837). — Anders verhält es sich, wenn die zu edirende Urkunde nur mit und neben einer Reihe anderer Beweismittel benützt werden soll.

38) Dasselbe kann auch schon im Vorverfahren vorkommen (s. oben I, 1) und wird gewöhnlich der Beweisantretung beigefügt, oder erst angebracht, wenn der Produkt diffitirt oder Vorlage des Originals verlangt hat. Ueber Editionsgesuche im Exekutivprozesse s. Komm. Bd. II S. 50 Note 20.

39) Die Nothwendigkeit der genauen Bezeichnung erhellt schon daraus, daß „die Dienlichkeit zur Sache" vorliegen muß.

40) Vgl. Bopp in der Gießner Zeitschrift Bd. V S. 140.

41) D. h. auf die Regel, nach welcher der Kläger dem Beklagten alle zu seiner Defension dienlichen Dokumente und der Beklagte dem Kläger diejenigen ediren soll, welche zum Beweise der Replik nöthig sind.

dung dienenden thatsächlichen Verhältnisse im Editionsgesuche angeführt werden. Die Bitte wird auf Vorlage[42]) der Urkunde gerichtet.

3) Fehlt es nicht an den gesetzlichen Erfordernissen, so ist auf das Gesuch unter Androhung des Ausschlusses aller Einwendungen[43]) Erklärung abzufordern[44]) resp. Tagfahrt zu summarischer Verhandlung anzuberaumen, oder eine nach dem Gange des Verfahrens der Hauptsache zu anderem Zwecke anzuberaumende Tagfahrt zugleich zur Verhandlung über das Editionsgesuch zu bestimmen.

Der Natur eines summarischen Zwischenverfahrens und der Fassung der Gesetzes-Vorschriften[45]) entspricht es, mit dieser Verhandlung auch die Vorlage der etwa erforderlichen Beweise zu verbinden. Stellt Implorat den besondern Grund des Editionsanspruchs oder den Besitz der

42) Oder auf Hinausgabe, wenn der Rechtsgrund des Anspruches solches mit sich bringt; in welchem Falle jedoch die Hinausgabsfrage, wenn sie altioris indaginis erscheint, als der Editionspunkt, als für das Zwischenverfahren nicht geeignet zur besondern Austragung verwiesen werden kann.

43) Kommt es durch den Ungehorsam des Imploraten zur Verwirklichung dieses Präjudizes, so kann der Implorant ein alternatives Erkenntniß auf Edition oder Leistung des Editionseides beantragen; vorausgesetzt das Vorhandenseyn billigen Verdachtes, daß Implorat die Urkunde besitze. S. Nr. 5 des §. 6.

44) Meistens wird das Editionsgesuch mit oder in der Beweisantretung angebracht. Mit dieser wird nun auch das Editionsgesuch zur Erklärung mitgetheilt; kommt dann die Erklärung ein und macht weitere Verhandlung nöthig, so wird hiezu Tagfahrt anberaumt.

45) Die Gesetzesworte: „Muß zugleich genügend erwiesen und dargethan seyn, daß der andere das Dokument wirklich besitze u. s. w." drücken es aus, daß Gleichzeitigkeit von Verhandlung und Nachweisung im Sinne des Gesetzgebers liege.

fraglichen Urkunde in Abrede, so hat Implorant in der Erwiederung auf diese verneinende Einlassung sofort die Mittel zum Beweise der verneinten Thatsachen[46]) beizubringen oder doch anzugeben, und Frist zu deren Beibringung zu erbitten[47]). Betreffend die Begründung des Editionsanspruchs, so gilt über Wahl und Gebrauch der Beweismittel nichts Besonderes[48]); handelt es sich ausserdem noch davon, den Besitz der Urkunden von Seite des Imploraten nachzuweisen, so ist hiezu die Zuschiebung des Haupteides unstatthaft[49]), der Implorant kann aber bei obwaltendem billigen Verdachte[50]) — die Ableistung des besonderen Editionseides[51]) verlangen, welcher dahin geht:

„daß er (Implorat) das geforderte Dokument we-
„der besitze, noch gefährlich aus seinen Händen ge-

46) Wird vom Fiskus die Edition von Rentamtsrechnungen verlangt, so bedarf es keines Beweises, daß er sie besitze. Bl. f. RA. Bd. I S. 254.

47) Gleiches dient zur Richtschnur für die Schlußerklärung des Imploraten in Ansehung etwaigen Gegenbeweises.

48) Gründet sich z. B. der Editionsanspruch auf die Behauptung, Implorant habe die fragliche Urkunde bei dem Imploraten deponirt oder solche ihm zu einem Geschäftsbetriebe übergeben, so ist es ohne Bedenken zulässig, den Beweis hierüber durch Zuschiebung des gewöhnlichen Haupteides zu führen. — Ein Fall des eigenthümlichen Editionseides ist nur dann vorhanden, wenn es sich davon handelt, abgesehen vom Grunde des Editionsanspruchs — den Besitz der Urkunde von Seite des Imploraten darzuthun.

49) Bl. f. RA. Bd. V S. 94.

50) D. h. wenn wenigstens Vermuthungen dafür vorliegen, daß Implorat die Urkunde besitze. S. Kap. XII §. 2, II.

51) Vgl. Mittermaier im Archiv für civ. Pr. Bd. IX S 378. Goldschmidt Abh. aus dem Civilproz. Nr. VII.

„lassen habe, auch nicht wisse, wo dasselbe zu finden „sey, oder wer es dermalen besitzen möchte[52])."

4) Ist an Beweisen nichts mehr beizubringen noch zu thun, so folgt der Verhandlung die Erlassung des (Zwischen-) [53]) Bescheides, durch welchen auf Abweisung des Gesuches, oder auf Edition oder auf Eidesleistung erkannt wird [54]). Sind noch weitere Prozeßhandlungen des Beweises wegen erforderlich, so geschieht die deßfallsige richterliche Auflage nicht durch interlokutorisches Erkenntniß, sondern durch einfaches prozeßleitendes Dekret [55]).

5) Schwört Implorat den Editionseid, „so soll die „Exhibition weiter nicht mehr an ihn begehrt werden, es sey „denn, daß das Gegentheil von dem, was beschworen „wurde, per nova reperta vollständig bewiesen werden „könne."

6) Will Implorat „weder gedachten Eid abschwören, „noch auf gemachten Beweis das Dokument herausge-

52) Von dieser gesetzlich vorgeschriebenen Formel darf nicht abgegangen werden. Bl. f. RA. Bd. I S. 317. Insbesondere kann in dem Falle, wenn der Implorat Urkunden wirklich edirt, der Implorant nicht verlangen, daß sein Gegner allgemein schwöre, keine andern auf die Sache bezüglichen Urkunden zu besitzen. Bl. f. RA. Bd. II S. 364. — Ueber die Bestimmung der Person, durch welche der Fiskus den Editionseid schwört — s. unten Kap. XIII §. 1 Nr. 3 und Bl. f. RA. Bd. II S. 98—100. — Die Ableistung des Editionseides kann durch Zurückschiebung oder Gewissensvertretung nicht vermieden werden. Goldschmidt a. a. O. S. 89.

53) Wird der Editionsprozeß von einer Parthei mit einem Dritten geführt, so ist es kein Zwischenbescheid.

54) Ueber das Erkenntniß im Falle des Ungehorsams s. oben Note 43.

55) Sollte auch die Form eines interlokutorischen Erkenntnisses gewählt seyn, so findet doch dagegen selbstständige Berufung nicht statt. Bl. f. RA. Bd. IV S. 221.

„ben [56]), soll er mit seiner Klage, wenn er der Kläger „ist, bis auf geleistete Parition nicht mehr angehört wer„den. Gegen den Beklagten wird in einem solchen Fal„le der Gegentheil zur Beschwörung des vermeintlichen „Inhalts des Dokuments gelassen und hierauf in dem „nämlichen Maaße verfahren, als wäre dasselbe wirklich „produzirt und richtig befunden worden. Ein dritter „Besitzer hingegen soll dießfalls entweder mit Geld= oder „Gefängnißstrafe zu seiner Schuldigkeit [57]) angehalten „werden."

7) Handelt es sich von Akten und Urkunden, welche sich in einer Gerichtsregistratur befinden, so hat das Editionsgesuch die Eigenschaft einer einfachen (extra viam et ordinem processus geschehenden) Anrufung des Richters, und wird als solche von dem angegangnen Gerichte geprüft und beschieden. Im Falle Bedenken stattfindet, ob nicht durch die Vorlage dem Interesse der Personen, unter oder mit welchen die zu edirenden Akten verhandelt wurden, Gefährde drohe, so mag deren Erinnerung über das Editionsgesuch erholt werden, ohne jedoch einer Streitverhandlung darüber stattzugeben.

So oft der Dritte, welcher ediren soll, eine Behörde oder Amtsperson ist, und es sich von einer angeblich in dessen amtlicher Verwahrung befindlichen Urkunde handelt, muß sich, statt des Editionseides, mit der auf den Amtseid gegebnen Versicherung, daß sich die Urkunde nicht vorfinde, begnügt werden [58]).

56) Auch wenn das Erkenntniß blos auf Edition lautet, kann der Implorat durch nachträgliche Erbietung zum Editionseid und Ableistung desselben die Verwirklichung des Präjudizes abwenden. Mittermaier a. a. O.

57) Auch zum Ersatze der Kosten und erweislichen Schäden ist er verbunden.

58) Mittermaier a. a. O. S. 387. Dieses paßt aber nicht auf Finanz-Beamten, wenn das Editionsgesuch gegen

8) Die Edition geschieht durch Vorlage der Urkunde bei Gericht, um Einsicht oder Abschrift davon nehmen zu lassen. Nachdem dies geschehen, erfolgt Zurückgabe an den Edenten, sofern dieser nicht zur Hinausgabe verurtheilt ist.

§. 7.

Von Rekognoscirung der Dokumente [1]).

„Privatdokumente machen ohne vorläufige Rekogni„tion keinen Beweis, daher sich auch der Gegentheil

1) „nach geschehener Produktion oder Kommunika„tion [2]) allezeit gleich in der ersten Antwort, ohne Un„terschied, ob das Dokument auf ihn selbst oder auf ei„nen Andern lautet, deutlich und zuverlässig erklären soll, „ob er die Dokumente rekognosciren [3]), diffitiren [4]), oder „das

den Fiskus, in einem fiskalischen Prozesse, gerichtet wird. Hier ist ja der Implorat kein Dritter.

1) Hellmuth Lauf des Civilproz. §. 19.

2) Produktion, wenn die Vorlage in einer von beiden Partheien besuchten Tagfahrt, Kommunikation, wenn sie in einer schriftlichen Eingabe, oder auch protokollarisch in Abwesenheit des Produkten geschehen ist.

3) Kreittmayr in der Anmerk. lit. a: Ein Privatdokument macht keinen Beweis, bis Produkt dasselbe „recognoscirt, „das ist, bis er die Handunterschrift und respective Pet„schaft für das Seinige, oder wenn es von einem andern „ist, für das nemliche, wofür es angegeben wird, erkannt, „mithin denjenigen, auf welchen das Dokument lautete, für „den wahren Briefaussteller und Authorem Documenti wirk„lich gehalten und agnosciret hat.“ — Hier ist nur von Rekognition unterschriebner resp. besiegelter Urkunden die Rede; es läßt sich aber nicht behaupten, daß alle Schriften, die weder Unterschrift noch Petschaft haben, irrecognoscibel seyen. S. oben §. 3. S. 138.

4) Kreittmayr zu §. 8 lit. a: „Wenn gar Handschrift und „Pet-

„bis zur Produktion und Einsicht der Originalien ausgesetzt lassen wolle."

Diese Vorschrift gilt sowohl für die von dem Produkten auf die Beweisantretung abzugebende Erklärung (s. oben §. 5, II, a), als auch für Antworten im Vorverfahren, wenn mit der zu beantwortenden Prozeßhandlung Urkunden vorgelegt waren[5]).

Die obliegende Erklärung soll deutlich und zuverläßig geschehen. Drückt sich der Produkt unklar, schwankend, zweideutig oder ausweichend[6]) aus, und ist daher die getroffene Wahl nicht mit Bestimmtheit erkennbar, so gilt die Erklärung als nicht geschehen, als versäumt[7]). Es hat jedoch der Richter, wenn eine soche ungenügende Erklärung zu Protokoll abgegeben wird, den Erklärenden auf das Ungenügende aufmerksam zu machen, und unter Erinnerung an die poena recogniti zu einer bestimmteren Aeusserung aufzufordern[8]).

„Petschaft abgeleugnet, sofort auch der angebliche Author „Documenti in Contestation gezogen wird, so heißt es Dif- „fessio."

5) Prozeßgesetz von 1837 §. 50. Vgl. Komment. Bd. II S. 239 Wenn hier gesagt ist: „jede der Klage beigelegte Urkunde, deren Aechtheit nicht bestimmt geleugnet ist, wird als anerkannt angenommen, — so versteht sich dies mit der Beschränkung, sofern nicht die Erklärung auf die Urkunde bis zur Vorlage des Originals vorbehalten worden.

6) Z. B. man lasse das Dokument auf seinen Werth oder Unwerth beruhen. Kreittmayr lit. b. Es handelt sich hier von der Aechtheit der Urkunde, daher genügt es nicht, sich blos über Beweiskraft oder Gültigkeit zu äussern.

7) Die Meinung v. Stürzers und Hellmuths, eine unbestimmte, unklare Erklärung sey als Antrag auf Vorlage des Originals zu deuten, findet im Gesetze keinen Haltpunkt. Vgl. Kreittmayr zu §. 7 lit. c.

8) So ist Kreittmayr zu §. 8 lit. a in fine zu verstehen. —

„Im Falle sich nun

2) „auf keines von allen dreien erklärt wird, so soll „das Dokument ohne weitere Kommunikation pro recog- „nito gehalten seyn."

Wird die Erklärung auf die in der Beweisantretung abschriftlich vorgelegten Urkunden gar nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht in gebotener Weise abgegeben, so tritt der Rechtsnachtheil der fingirten Anerkennung ein [9]), wenn er gleich bei Mittheilung der Beweisantretung nicht ausdrücklich angedroht worden [10]).

Gleiches gilt, wenn bei Vorlagen von Urkunden im Vorverfahren mit der ersten Antwort die erforderliche Erklärung nicht oder nicht gehörig abgegeben wird. Ist hingegen die Parthei, gegen welche die Urkunden produzirt wurden, völlig ungehorsam d. h. erfolgt von ihrer Seite keine Antwort auf die mit Urkunden belegte Prozeßhandlung ihres Gegners, so ist die Anerkennung derselben zur Strafe des Ungehorsams nur insofern anzunehmen, als die Voraussetzungen des §. 18 Nr. 1 der Novelle von 1837 vorhanden sind und der Rechtsnachtheil in der Ladung ausdrücklich angedroht war [11]).

„Auf den Fall der Diffession ist nach Maßgabe des „folgenden §. 8 zu verfahren, und wenn endlich die vor- „läufige Produktion des Originals selbst verlangt wird, „so hat der Richter Tagfahrt zur Produktion der Origi- „nalien zu bestimmen, wobei die Rekognition oder Dif- „fession unvermeidlich geschehen, oder das Dokument pro „recognito gehalten werden soll."

Die richterliche Verfügung, welche die Produktions-

Die Unterlassung dieser richterlichen Thätigkeit macht die Verhandlung nicht unwirksam.

9) Unter Anwendung des §. 29 ff. der Prozeßnovelle von 1837.

10) Kreittmayr zu §. 7 lit. c.

11) Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 234.

tagfahrt anberaumt, kann zugleich die Verwerfung einzelner Urkunden, von deren völliger Unwirksamkeit der Richter durch die Einwendungen des Produkten überzeugt wurde; nicht minder — ausdrücklich oder faktisch — die Zurückweisung von Anträgen des Produkten auf gänzliche Verwerfung einzelner Urkunden aussprechen; ferner einen Zwischenbescheid über die etwa bereits erörterte Frage enthalten, ob eine gewisse Urkunde als Privat — oder öffentliche zu behandeln sei [12]). Daß die Ladung zur Produktionstagfahrt die Androhung des gesetzlichen Präjudizes enthalte, ist nicht vorgeschrieben.

Bemerkt der Produkt bei Vorlage des Originals solche Fehler an demselben, welche die Beweiskraft gänzlich aufheben, oder glaubt er überhaupt durch vorgebrachte liquide oder zuverlässig erweisbare Einwendungen dessen völlige Unglaubwürdigkeit oder Ungültigkeit gezeigt zu haben, so mag er es allerdings darauf wagen, die Erklärung über die Aechtheit zu unterlassen, und nur die Verwerfung der Urkunde beantragen. Wird aber diesem Antrage nicht entsprochen, so ist das Präjudiz der Rekognition verwirkt. Daher ist es in allen zur Diffession geeigneten Fällen wenigstens räthlich, diese mit den die Beweiskraft oder Gültigkeit betreffenden Einreden eventuell zu verbinden.

12) Für die Eigenschaft der öffentlichen Urkunde entscheidet der Richter, indem er in Ansehung derselben, wenn deren Vorlage begehrt worden, Tagfahrt zur Vorlage und Einsichtnahme (nicht Anerkennung) anberaumt. S. oben §. 5 I a. E. Note 7. Kommen sowohl Privat- als öffentliche Urkunden zur Vorlage, so ist in dem Dekrete anzugeben, für welche die Tagfahrt zur Anerkennung, für welche zur Einsichtnahme bestimmt werde; sofern der Richter sich nicht den Ausspruch über diese Eigenschaft bis nach weiterer Verhandlung unter den Partheien vorbehalten will (s. unten Nr. 3); in welchem Falle die Formel „zur Einsichtnahme resp. Anerkennung" gebraucht werden kann.

Ueber die Beschaffenheit der im Produktionstermine abzugebenden Erklärung dient das oben unter Nr. 1 Angeführte zur Richtschnur [13]).

3) „Bedürfen zwar documenta publica [14]) zu ihrem Beweise keiner Rekognition, müssen aber gleichwohl dem Gegentheile auf Begehren im Originale zur Einsicht vorgelegt werden, damit er sich hierüber vernehmen lassen, und was er allenfalls dagegen mit Recht einzuwenden hat, desto füglicher anbringen könne."

Bei öffentlichen Urkunden streitet eine Rechtsvermuthung für die Aechtheit [15]); deßwegen ist hier die bloße Ableugnung der Aechtheit von Seite des Produkten — unwirksam. Aber gerade das wird häufig vom Produkten bestritten, daß der Urkunde die Eigenschaft einer öffentlichen zukomme, daß sie die Merkmale an sich trage, in welchen sich diese Eigenschaft darstellt. Es wird z. B. bestritten, daß die als Gerichtsprotokoll vorgelegte Urkunde, welcher es an Beidrückung des Gerichtssiegels fehlt [16]), als solches gelten könne; oder daß ein vorgelegtes Dokument zu denjenigen gehöre, welche nach §. 2,

13) Zur Abgabe dieser Erklärung durch einen Anwalt bedarf es einer Spezialvollmacht nicht. S. Komm. Bd. II S. 291 Note 2.

14) Hierunter sind alle im §. 2 bezeichneten begriffen. Vergl. Kreittmayr zum §. 7 lit. d.

15) S. oben §. 1 a. E., §. 2.

16) Wenn gleich die Beidrückung des Gerichtssiegels hier nicht zu den allgemeinen Bedingungen der Gültigkeit gehört (Komment. Bd. II S. 173) und der Mangel derselben bei Protokollen, welche sich in den Akten befinden, nicht für wesentlich gelten kann, so verhält es sich doch anders bei Aktenstücken, die sich in den Händen der Partheien befinden. Da ist die Bezeichnung mit dem Siegel der öffentlichen Behörde das Hauptmerkmal, welches die Urkunde als eine öffentliche erscheinen läßt; zumal wo die Handschriften der unterschriebenen Amtspersonen dem Prozeßgerichte nicht bekannt sind.

Nr. 1 das Vorzugsrecht der Quasipublizität haben, oder daß ihr das Prädikat einer alten Urkunde zukomme u. dgl. Wenn dieser Punkt nicht schon früher erörtert worden (§. 5, I a. E., II b), so giebt die Produktionstagfahrt Gelegenheit, über die so erhobene Vorfrage Verhandlung zu pflegen, worauf sodann durch Zwischenbescheid festgestellt wird, ob das für öffentliche, oder das für Privaturkunden geeignete Verfahren stattzufinden habe.

Trägt die Urkunde alle Merkmale einer öffentlichen, so kann doch Produkt einwenden, daß sie verfälscht, unterschoben, unächt, — daß ihr Inhalt unrichtig oder die Form mangelhaft, — oder daß sie wegen besondrer Mängel keine oder nur beschränkte Beweiskraft habe [17]). Ergeben sich die gerügten Mängel nicht aus dem Augenschein, so liegt dem Produkten der Beweis seiner Einwendungen ob. Vgl. hierüber §. 8, Nr. 4.

4) „Durch die geschehene Rekognition eines Doku„mentes soll Niemanden an seinen übrigen etwa dagegen „habenden Exceptionen etwas benommen seyn".

Durch die Rekognition wird nur die Aechtheit hergestellt. Eine Urkunde kann ächt und doch weder gültig noch beweiskräftig seyn [18]).

Die Einwendungen des Beklagten können

a) die Gültigkeit oder Beweiskraft — nach Art der Rechtsausführung gegen die Klage (Bd. II, S. 242) — aus Gründen bekämpfen, welche sich nicht erst aus der Einsicht des Originals ergeben; oder

b) die bei der Einsicht des Originals wahrgenommenen sichtbaren Mängel rügen; oder

c) auf besonderen, außer dem Inhalte und der Erscheinung der Urkunde liegenden, Thatsachen beruhen; z. B. auf der Behauptung, daß die Ausstellung der Ur-

17) Kreittmayr zum §. 7 lit. d vgl. mit §. 9

18) S. oben §. 1.

kunde durch Zwang oder Betrug [19]) veranlaßt worden, oder daß sich der Produzent resp. sein Rechtsvorfahrer über die Unwirksamkeit der Urkunde reversirt habe.

Zu a. Einwendungen dieser Art können, wenn sie nicht bereits in der Erklärung auf die Beweisantretung vorgebracht wurden, in der Verhandlung der Produktionstagfahrt, oder auch, bei etwa konkurrirendem Zeugenbeweis noch im Disputirsatze vorgetragen werden.

Zu b. wird das Nähere im folgenden §. 9 unter Nr. 4 vorkommen.

Zu c. Beweiseinreden dieser Art geben zu einem Gegenbeweis Anlaß, welcher bereits mit der Erklärung auf die Beweisantretung des Produzenten angetreten werden muß [20]).

In Ansehung der Verhandlungen über etwaige Einwendungen des Produkten s. oben §. 5, II.

§. 8.

Von Diffitirung der Dokumente.

I. Wenn der Gegentheil die produzirte Privaturkunde von ihm oder dem angeblichen Aussteller zu seyn widerspricht, so muß Produzent, um sich die Wirksamkeit dieses Beweismittels zu erhalten, die Aechtheit d. h. „soviel beweisen [1]), daß dasselbe von dem Aussteller

19) Nicht von der Einrede, daß der zu beweisende Rechtsakt erzwungen oder betrüglich erschlichen worden (wovon oben §. 5 Note 13 die Rede) handelt es sich hier, sondern nur von der Behauptung, daß die Ausstellung einer produzirten Beweisurkunde erzwungen oder erschlichen worden.

20) S. oben §. 5 Note 14.

1) Wenn es in der GO. heißt, Produzent müsse den Inhalt des Dokuments auf andere Weise als durch das diffitirte Instrument beweisen, so ist das, wie aus Kreittmayr's Anmerk. lit. c erhellt, nicht so zu verstehen,

„selbst, oder mit seinem Wissen und Willen von „einem andern gefertigt, oder sonst für das Seinige „schon einmal mit Worten oder Werken erkannt „worden sei".

War a) die Diffession schon im Vorverfahren geschehen, so muß gleich die auf das Interlokut folgende Beweisantretung die Mittel zur Herstellung des Aechtheitsbeweises angeben [2]). Erfolgt b) die Diffitirung in der Erklärung auf die Beweisantretung, so wird vom Richter in dem darauf folgenden Dekrete Termin zur Antretung dieses Incidentbeweises [3]) anberaumt. Hat c) Produkt die Vorlage des Originals verlangt, und nun im Produktionstermine diffitirt, so ist es Sache des Produzenten, den nöthigen Aechtheitsbeweis sogleich in diesem Termine anzutreten, oder doch eine Frist zur Antretung zu erbitten.

Daß der Produzent etwa Grund zu dem Antrage

als ob Produzent nach erfolgter Diffitirung der erst im Beweisverfahren produzirten Urkunde an der Stelle derselben andre Beweismittel zur Lieferung des obliegenden Beweises *substituiren* dürfe; dies geht wegen der Präklusivkraft des abgelaufenen Beweistermins nicht an. Die angeführten Worte der GO. beziehen sich nur auf den Fall, wenn bereits im Vorverfahren Urkunden *produzirt und diffitirt* worden sind. Hier ist es nun dem Produzenten unbenommen, nach erfolgtem Interlokute den Beweis des Inhalts der diffitirten Urkunde durch andre Mittel als durch diese Urkunde anzu*treten*.

2) Gerade so, wie in dem Falle, wenn Produzent den Inhalt des bereits im Vorverfahren diffitirten Dokuments *auf andere Weise* als durch das Dokument beweisen will, die Antretung innerhalb der durch das Interlokut bestimmten Frist geschehen muß. S. die vorige Note und oben §. 5 Note 3. — In der Praxis pflegt man jedoch die a. a. O. §. 5 Note 3 mißbilligte zwecklose Wiederholung zuzulassen.

3) Im Falle a) ist es kein *Incident*-Beweis. — Vgl. übrigens Bd. II S. 21.

„der Richter möge die Urkunde für anerkannt achten" — zu haben glaubt [4]), darf ihn zufolge der Eventualmaxime nicht abhalten, für den Fall, daß jenem Antrage nicht entsprochen werden sollte, vorsorglich die zur Erbringung des obliegenden Aechtheitsbeweises geeigneten weiteren Anträge zu stellen. Thut er dies im Produktionstermine nicht, so ist er damit präkludirt [5]).

II. „In casu Diffessionis hat der Produzent dreierlei Wege vor sich, nemlich Recognitionem per Testes, Comparationem Literarum, oder daß man dem Gegentheil Juramentum Diffessionis auflege [6])."

Was nun

a) die Rekognition durch Zeugen betrifft, so bestimmt hierüber die Gerichtsordnung „es ist nicht hinlänglich, „wenn die Zeugen nur sagen, daß sie die Schrift oder „Unterschrift für die des Ausstellers halten, sondern es „ist nöthig, daß sie gegenwärtig gewesen, auch gehört „und gesehen haben, wie das Dokument von ihm selbst, „oder mit seinem Willen von einem Anderen geschrieben „oder unterschrieben, oder sonst für das seinige schon „einmal mit Worten oder Werken erkannt worden sei."

Sagen die Zeugen nur aus, daß sie in der Schrift oder Unterschrift die des in Frage befindlichen Ausstellers erkennen, so ist dies keineswegs völlig unwirksam, hat aber nur beschränkte Beweiskraft [7]). Im Uebrigen

4) Indem er z. B. der Erklärung des Produkten den Vorwurf der Undeutlichkeit macht. S. oben §. 7 Nr. 1.

5) Bl. f. RA. Bd. III S. 288.

6) Kreittmayr Anmerk. lit. c. Alle Beweismittel, deren sich Produzent zur Erprobung der Aechtheit bedienen will, müssen zusammen benannt werden, wenn auch eines z. B. der Diffessionseid, nur eventuell gebraucht werden soll. Vgl. oben S. 21, 30.

7) Kreittmayr a. a. O. bemerkt, es werde kein Mehreres

steht dieser Fall des Zeugenbeweises unter den allgemeinen Vorschriften des Kap. X. Kommt es wegen Mangelhaftigkeit des Ergebnisses zu einem nothwendigen Eide, so wird dieser nicht in besonderem Zwischenerkenntnisse blos über die Aechtheit der Urkunde, sondern am Schlusse der ganzen Beweisführung, und zwar über Wahrheit oder Unwahrheit der durch die Urkunde zu beweisenden Thatsache aufgelegt [8]).

b) Ueber Aechtheitsbeweis durch Schriftvergleichung heißt es in der Gerichtsordnung: „die bloße Ver„gleichung der Handschriften, zu Latein: comparatio „literarum vel sigillorum, wenn nemlich eine von dem „Aussteller unwidersprechlich herrührende Handschrift oder „Siegel mit der diffitirten und widersprochenen, nach „Befund und eidlicher Aussage unpartheiischer Kenner „genau übereinkömmt, zu einem vollständigen Beweise „keineswegs hinreichend, besonders, wenn nicht das ganze „Dokument, sondern nur die Unterschrift allein von sei„ner Hand zu seyn, angegeben wird; sondern sie macht

dadurch bewiesen, als per comparationem literarum. — Treffende Bemerkungen hierüber finden sich bei Gesterding Ausbeute aus Nachforschungen Bd. II S. 411 ff. „Man wird einwenden, es liege dabei immer eine Vergleichung zwischen zweien Objekten und eine Aussage über die Uebereinstimmung oder Nichtübereinstimmung beider zum Grunde; mithin ein Urtheil. Allein, wenn wir dies auch zugeben wollen, so scheint doch ein Urtheil dieser Art nicht über die Gränzen eines Zeugnisses hinauszugehen. Denn, wenn z. B. der Zeuge aussagt, wie eine Sache beschaffen gewesen, wie sie geschmeckt, gerochen, ausgesehen habe, was thut er anders, als daß er den Eindruck, den diese Sache auf ihn machte, vergleicht und das Resultat seiner Vergleichung angiebt? Und lassen wir nicht auch in andern Fällen eine Anerkennung von Personen oder Sachen unbedenklich zu? u. s. w."

8) S. Bayer Vorträge zu Martin's Lehrbuch § 209—15. (Verhandl. im Produktionstermin).

„höchstens nur auf den Fall, wenn auch andere admini-
„cula dazu kommen, einen halben Beweis, dergestalt
„daß nach den Umständen entweder juramentum supple-
„torium, oder wo dasselbe etwa aus Mangel anderer
„Erfordernisse nicht Platz greifen kann, purgatorium er-
„kannt werden mag".

Diese Art der Beweisführung unterscheidet sich von der durch Zeugen, welche nur aus ihrer Bekanntschaft mit der Schrift des angeblichen Ausstellers deponiren, in folgenden Punkten: α) die Schriftvergleichung geschieht durch Techniker (Sachverständige), welche wegen ihrer besondern Kenntniß von der Technik der Schriftzüge und ihrer Uebung in Auffassung der charakteristischen Merkmale derselben beigezogen werden — wie der Diplomatik Kundige, Kalligraphen, Schreiblehrer [9]), — und ihren Ausspruch mit Gründen aus dieser speziellen Fachbildung unterstützen. — Der Zeuge hingegen giebt seinen Ausspruch nach dem Bilde, welches ihm aus frühern Wahrnehmungen von den Schriftzügen des angeblichen Ausstellers, im Einzelnen oder nur im Allgemeinen vorschwebt. β) Bei der Schriftvergleichung muß eine andre von dem angeblichen Aussteller unzweifelhaft herrührende Handschrift [10]) vorliegen; bei der Rekognition durch Zeugen

9) Als solche gelten auch Schulmeister, wenn man keine andern in der Nähe hat.

10) Da sich die Handschriften im Laufe der Zeiten häufig ändern, so ist auf Gleichzeitigkeit des Ursprungs Bedacht zu nehmen. — Ob in Ermanglung einer solchen Musterschrift der Richter den Diffitenten zwingen könne, daß er in seiner und der andern Parthei Gegenwart etwas schreibe? — ist — gegen die von Kreittmayr adoptirte Ansicht — wohl zu bezweifeln Es fehlt ganz an dem gesetzlichen Grunde, den Diffitenten zu einer solchen positiven Thätigkeit zum Vortheil seines Gegners anzuhalten; es fehlt auch an einem gesetzlich gebilligten Präjudize, durch dessen Androhung resp. Verwirkli-

ist dies nicht erforderlich. γ) Die Zeugen kennen die Handschrift des angeblichen Ausstellers aus frühern Wahrnehmungen; bei den Schriftverständigen wird dies nicht vorausgesetzt.

Ueber die Bezeichnung der beizuziehenden Schriftverständigen, über Instruirung und Beeidigung derselben, über Vornahme des Aktes der Schriftvergleichung, über Würdigung und Benützung ihres Gutachtens u. s. w. kommen die unten zu Kap. XII, §. 3 vorzutragenden allgemeinen Grundsätze über Beweis durch Sachverständige zur Anwendung. Mehr als in andern Fällen kann sich hier der Richter über die Richtigkeit des Gutachtens, durch scharfe genaue Beaugenscheinigung, ein eigenes Urtheil bilden.

c) Ueber den Diffessionseid bestimmt unser Gesetz: „Ist Diffitent schuldig, seine Diffession auf gegentheiliges „Begehren, mit einem körperlichen Eide sub poena re- „cogniti dahin zu erhärten:

„daß er das Dokument weder selbst geschrieben noch „unterschrieben, oder unterzeichnet[11]), noch dieses „durch einen andern wissentlich habe thun lassen, „mithin besagtes Dokument für das seinige weder „erkenne, noch jemals erkannt habe[12]).

chung eine solche Probeschrift erzwungen werden könnte. Vgl. Mittermaier in der Gießner Zeitschrift Bd. III S. 168. Dagegen Schweikart ebendaselbst Bd. IV S. 331. — Ist der Gegner des Diffitenten Beklagter, so kann er sich durch ein Editionsgesuch, wenn er eine bestimmte vom Gegner geschriebene, in dessen Besitz befindliche Urkunde anzugeben weiß, die erforderliche Musterschrift verschaffen.

11) Daraus, daß hier „Unterzeichnung" von „Unterschreibung" unterschieden ist, wird mit Recht gefolgert, daß auch bei Urkunden, welche blos unterkreuzt sind, die Erklärung über die Aechtheit nicht verweigert werden könne. Bl. f. RA. Bd. IV S. 318.

12) Enthält die Urkunde nur eine Unterzeichnung z. B. mit

„Im Falle es aber nicht auf eigner, sondern frem-
„der Hand Diffitirung ankömmt, soll Diffitent wenig-
„stens de credulitate schwören:

„daß er weder wisse, noch dafür halte, daß der
„Aussteller, auf welchen das Dokument lautet, die-
„ses selbst, oder durch einen anderen geschrieben,
„unterzeichnet, oder sonst ausgestellt, und für das
„seinige erkannt habe."

Der Diffessionseid[13]) hat

1) mit dem Haupteide (Kap. XIII §. 2) die Zuschiebung gemein, und dient, wie dieser, zur Entscheidung einer unter den Partheien streitigen Thatfrage, nemlich der die Aechtheit einer Privaturkunde betreffenden, er kann auch, gleich dem Haupteide, primär oder nur eventuell zugeschoben werden[14]); allein er unterscheidet sich von demselben darin, daß der Diffitent, welcher ihn schwören soll, die Ableistung des Kalumnieneides von Seite des Produzenten nicht verlangen[15]), auch sich weder der Zurückschiebung noch der Gewissensvertretung bedienen kann[16]); s. ferner unten Nr. 3.

2) Erklärt sich Produkt erst in der Produktionstagfahrt für die Diffession, so kann Produzent von demselben[17]) sofortige Ableistung des Diffessionseides verlangen;

drei Kreuzen, so kann natürlich in der Eidesformel nicht von Unterschrift die Rede seyn, und umgekehrt.

13) Vgl. über dessen Natur Bayer zu Martin's §. 207 Not. c, §. 214 Not. d.

14) Nämlich für den Fall, daß Rekognition durch Zeugen resp. Schriftvergleichung kein Resultat liefern.

15) Bl. f. RA. Bd. II S. 124.

16) Ebendaselbst S. 371.

17) Dessen persönliche Anwesenheit vorausgesetzt. — Inwiefern die Ableistung durch den Anwalt geschehen könne, darüber s. unten Kap. XIII §. 1 Nr. 2.

sofern nicht Produkt besondere Gründe für einen Aufschub anzuführen vermag z. B. zum Zwecke weiterer Nachforschung, im Falle es sich von der Handschrift eines Dritten handelt. — Der Abnahme des Diffessionseides hat die Meineidsverwarnung nicht aber ein Vergleichsversuch vorherzugehen [18]).

3) Erklärt sich Produkt bereit, den Diffessionseid abzuleisten, so kann Produzent die Ableistung hindern, indem er sich erbietet, die Aechtheit durch andere Mittel darzuthun, und diesen Beweis entweder sogleich antritt oder um eine Frist dazu nachsucht [19]). — Der Produzent ist sonach befugt, die Beweisführung hinsichtlich der Aechtheit nachträglich zu verändern, und hiezu Beweismittel zu benützen, welche bei der ersten Antretung des Aechtheitsbeweises nicht in Vorschlag gebracht waren. — Hierin liegt eine weitere Eigenthümlichkeit des Diffessionseides.

4) Nach Ablegung des Diffessionseides ist die Unächtheit entschieden; nur die Benützung solcher Beweismittel, welche nachher neu aufgefunden werden, ist dem Produzenten vorbehalten.

III. „Documenta publica leiden keine Diffession, „folglich muß Diffitent, welcher ein solches Instrument

18) Der §. 49 der Novelle von 1837 bezieht sich, wie aus den Motiven erhellt, nicht auf den Diffessionseid.

19) Dieser Satz ergiebt sich per argumentum a contrario aus Nr. 7 des §. 9: „Nach abgelegtem Eide soll Produzent zu keinem weiteren Beweise — gelassen werden." Vgl. Kreittmayr Anmerk. lit. h.; Bayer a. a. O. (Verhandlung im Prod. Termine, II). — Der §. 41 der Novelle von 1837 steht der praktischen Gültigkeit dieses Satzes nicht entgegen. Lex generalis posterior non derogat speciali priori; ohnehin ist der §. 41, wie aus der Bezugnahme auf §. 12 der Novelle von 1819 erhellt, nur von der auf das Interlokut in der Hauptsache folgenden Beweisantretung zu verstehen.

„ableugnet, den Beweis auf sich nehmen," — und solchen (d. h. den Beweis der Unächtheit, Verfälschung, Unterschiebung) sogleich mit der deßfallsigen Erklärung antreten, oder dieser die Bitte um Bewilligung einer Frist beifügen. Hierüber gelten die Grundsätze vom Gegenbeweise [20]).

IV. Nachdem einmal die Unterzeichnung „rekognos„cirt worden, kann der Inhalt des Dokuments nicht „mehr diffitirt werden, und es muß mithin derjenige, „welcher vorgiebt, daß das Instrument ein bloßes Blan„quet gewesen, und wider Willen des Ausstellers erten„dirt worden, oder sonst ein Betrug dabei vorgegangen „sei [21]), dieses gebührend beweisen."

Zu diesem Gegenbeweise ist nicht hinreichend, darzuthun, daß die Unterschrift auf leerem Papier (als Blanquet) aus Handen gegeben worden, daß demnach kein Zusammenhang zwischen ihr und dem Inhalt der Urkunde bestehe; es kommt noch darauf an, daß nebstdem ein Mißbrauch des Blanquets, d. h. eine Ausfüllung des leeren Raums gegen die Intention des Ausstellers bewiesen werde. Zwar möchte man dafürhalten, daß schon der nachgewiesene Mangel des Zusammenhangs zwischen Inhalt und Unterschrift die Entkräftung der Urkunde bewirke, und der vom Empfänger des Blanquets geschriebene Inhalt als scriptura pro scribente gar nichts beweise. Allein durch Aushändigung des Blanquets hat der Aus-

20) S. oben S. 31. Werden zu diesem Behufe Behauptungen aufgestellt, deren Gegentheil nicht aus der Urkunde selbst hervorgeht, so kann deren Erprobung auch durch Eideszuschiebung unternommen werden. Vgl. Gensler im Archiv für civ. Pr. Bd. IV S. 284 — 5.

21) z. B. daß ihm vor der Unterschrift etwas Anderes vorgelesen worden, als der Inhalt der Urkunde sage. Ueber den Fall, wenn der Produkt behauptet, den Inhalt der Urkunde nicht eingesehen zu haben — vgl. Bl. f. RA. Bd. IV S. 48.

steller schon im Voraus zugestanden, daß hier ausnahmsweise scriptura pro scribente Beweiskraft haben solle. Für diese Ansicht sprechen auch die Gesetzworte „muß dieses gebührend beweisen" in ihrem Zusammenhange mit dem Vorhergehenden [22]).

Ueber die Beschaffenheit des zu liefernden Beweises bemerkt Kreittmayr, daß zu dieser Beweisführung nicht Indicia falsi levia aut remota hinreichen, sondern proxima et remota erfordert werden [23]).

V. In der Schlußstelle des 5ten ist verordnet: „Dif„fitent soll auf den Fall, wenn er seine eigne Hand „und Pethschaft gefährlicher Weise abgeleugnet zu haben „überführet wird, nicht nur aller seiner übrigen Excep„tionen, welche er sonst gegen das Dokument in der „Hauptsache zu machen gehabt hätte, gänzlich dadurch „verlustig, sondern auch in poenam dupli, und nach „Gestalt der Gefährde sogar in peinliche Strafe, als „ein falsarius und Meineidiger verfallen seyn [24])."

Die poena dupli ist dem heutzutage geltenden Rechte fremd.

§. 9.

Von den sichtbaren Mängeln eines Dokuments.

I. „Dokumente, welche mit sichtbaren Mängeln be„haftet sind, werden nach Gestalt der Dinge entweder „gar für falsch, oder wenigstens für verdächtig gehalten, „und beweisen mithin wenig oder gar nichts. Doch soll „der Richter hiebei alle Umstände, besonders, ob der

22) Selbst im Falle er den bezeichneten Beweis stellt, kann der unbesonnene Aussteller eines Blanquets einem dritten redlichen Inhaber der Urkunde ex lege Aquilia für allen Schaden haften.

23) Vgl. unten Kap. XII §. 2. Note 11.

24) Vgl. Kreitmayr zu dieser Stelle.

„Mangel nur bloße Neben- und gleichgültige Dinge be„trifft, ingleichen, ob derselbe sich etwa nur durch Alter„thum oder andere unvorhergesehene Zufälle, und bona „fide ergeben habe, genau beobachten."

In dieser Vorschrift handelt es sich 1) nur von sichtbaren Mängeln, welche an der äußern Erscheinung der Urkunde durch das Aug wahrgenommen werden. Den Gegensatz bilden Diejenigen, welche die Prüfung des Inhalts erkennen läßt, z. B. Undeutlichkeit, Widersprüche [1]), eine der Zeit des angeblichen Ursprungs fremde Schreibart.

Sichtbare Mängel äußern sich an der Schrift durch Rasuren, Ausstreichungen, Zwischenschriften, Zusätze am Rande, Makulaturen, — durch Unleserlichkeit, durch Unterschiedlichkeit der Hand oder Dinte [2]), durch die Neuigkeit der Schrift in alten Urkunden. — Mangelhaftigkeit am Siegel ist vorhanden, wenn es in der Urkunde angeführt aber abgängig, oder wenn Siegel sich abgerissen, oder dergestalt zerbrochen oder verwischt bezeigen, daß man sie nicht mehr recht kennt. — Das Papier leidet Mangel, wenn solches z. B. mit Schnitten oder Rissen behaftet ist, oder in mehr Bögen besteht, und nicht alle von gleichem Papier und Format, sondern theils kürzer oder länger, theils schmäler oder breiter sich bezeigen, oder wo die Ziffern der Blätter nicht recht aufeinan-

1) Daß solche Mängel, wenn sie an wesentlichen Stellen vorkommen, die Beweiskraft hindern, versteht sich von selbst. Im Uebrigen steht es in richterlichem Ermessen, ob und welches Gewicht darauf zu legen. v. Stürzer Civilgerichtsverfahren S. 677 — 8.

2) Kreittmayer bemerkt: letztere habe ohne erstere nicht gar viel zu bedeuten." Diese Bemerkung paßt nicht immer z. B. wenn einzelne Sylben, Buchstaben, Zahlen mit andrer Dinte, wenn gleich anscheinend von derselben Hand geschrieben sind.

einander gehn; der auffallendste und gröbste Mangel aber ist jener, wenn sich aus dem aufgedrückten gewöhnlichen Zeichen des Papieres ergiebt, daß das Papier jüngeren Ursprungs, als die darauf gesetzte Schrift ist. — Besteht die Urkunde aus mehrern Bögen, so pflegt man zur Garantie der Integrität sämmtliche Blätter durch eine mit dem zur Beglaubigung beigedruckten Siegel befestigte Schnur zu vereinigen. Verletzungen an diesen Schnüren gehören gleichfalls zu den sichtbaren Mängeln [3]).

2) Der nachtheilige Einfluß von Mängeln der bezeichneten Art hat natürliche Gründe. Wenn Makulaturen, Ausstreichungen u. dgl. den Inhalt einzelner Stellen nicht erkennen lassen, so können nicht nur diese nicht zum Beweise dienen, sondern auch das Uebrige verliert, als Stückwerk, mehr oder weniger von seinem Werthe. Ein großer Theil der angeführten Mängel begründet Gewißheit oder doch Verdacht der Unächtheit, der Verfälschung im Ganzen oder im Einzelnen, der Unterschiebung oder andrer dgl. Veränderungen, welche der Glaubwürdigkeit Eintrag thun; oder sie bestehen in dem Abgang solcher äußern Merkmale, welche zur Gewährleistung der Authenticität resp. als Erfüllung formeller Erfordernisse nothwendig sind. — Auf Erlöschung des beurkundeten Rechtsverhältnisses lassen Durchstreichung und Durchschneidung schliessen.

Wo die angegebnen Gründe des nachtheiligen Ein-

3) Dieser Darstellung der an Urkunden vorkommenden sichtbaren Mängel fügt Kreittmayr in der Anmerk. lit. a bei: „Von „den übrigen sichtigen Mängeln, welche nur bei gewissen „und sonderbar bei älteren über das fünfzehnte Saeculum „zurückgehenden Documenten öfters vorzukommen pflegen, wollen „wir hier abstrahiren, weil sie nicht jedermann so grell, wie „obbemerkte Defectus Instrumentorum communes in die Augen „leuchten, sondern eine große Kenntniß und Erfahrenheit in „arte Diplomatica supponiren." — Wo es auf solche besondere Kunde ankommt, hat der Richter Sachverständige beizuziehen.

flusses nicht obwalten, kann der vorhandene Mangel völlig unschädlich seyn. Ist das Lesen des ursprünglichen Inhalts nicht oder nur in offenbar unwesentlichen Worten gehindert, ergeben sich die Schnitte oder Risse als zufällig [4]), — wurde die ersichtliche Abänderung oder Einschaltung vollkommen aufgeklärt [5]) und der Verdacht der Verfälschung beseitigt [6]) oder doch der vollständige Inhalt des ächten Textes auser Zweifel gesetzt, und nebstdem die Beobachtung der nöthigen Form nachgewiesen, so mag die Beweiskraft der Urkunde ohne Schmälerung bestehen; freilich ist es Sache des Produzenten, die zur Abwendung des nachtheiligen Einflusses erforderliche nähere Aufklärung und Nachweisung zu liefern, und in solchem Falle ist es, was die Beweiskraft wirkt, die mit einem sichtbaren Mangel behaftete Urkunde nicht allein [7]), sondern deren Verbindung mit diesen Aufklärungen und Nachweisungen [8]). — Im Uebrigen steht es „gestalten Dingen nach" in richterlichem Ermessen, den Grad des nachtheiligen Einflusses zu bestimmen, welchen der vorhandene Mangel im einzelnen Falle äussern soll. Eine Urkunde, deren Unächtheit im Ganzen oder in wesentlichen Stellen

4) Z. B. als Folge des Alters. Kreittmayr allegirt Ovid's: „tempus edax rerum, tuque invidiosa vetustas."

5) Am besten geschieht dies, wenn sich am Schlusse eine Beglaubigung darüber findet, daß die Zwischenschriften oder Marginalzusätze als ächte Bestandtheile des Ganzen zu betrachten seyen. Bl. f. RA. Bd. V S. 225.

6) Kreittmayr a. a. O. lit. b: „Endlich mitigirt auch bona fides, wenn solche erprobt ist, oder sonst aus allen Umständen genugsam erscheint."

7) Eine verdächtige Urkunde für sich allein, macht nach der Gesetzesvorschrift wenig oder keinen Beweis; aber in Verbindung mit andern Behelfen, welche den Verdacht beseitigen, kann sie zur Erbringung vollen Beweises dienen.

8) Diese können, wie der Aechtheitsbeweis, ein Incidentverfahren veranlassen.

zufolge des sichtbaren Mangels gewiß oder doch wahrscheinlich ist, ermangelt natürlich jeder Beweiskraft. Bei entfernterem Grade des Verdachts oder bei Entstellungen in unwesentlichen Bestandtheilen mag mehr oder weniger Schmälerung der Beweiskraft in gleicher Art angenommen werden, wie bei exceptionsmässigen oder nach Beschaffenheit ihrer Aussagen verdächtigen Zeugen. Wo der Mangel nur an völlig gleichgültigen Dingen wahrzunehmen ist, kann er ohne Einfluß bleiben [9]). — Ergeben sich die zwischengeschriebenen oder am Rande nachgetragenen Worte dem Zusammenhange der Urkunde nach dergestalt als nothwendig, daß sie ohnedem hinzugedacht werden müßten, so sind sie eben so gültig als der übrige Inhalt, und die begangne Unregelmässigkeit ist unschädlich [10]). — Bei alten Urkunden, insbesondre archivalischen soll man in Bezug auf solche Mängel, welche nicht die wesentlichen Bestandtheile unbrauchbar machen, „leichter durch die Finger sehn" [11]).

II. „Obschon der Abgang des Datum's oder der „causa debendi auffer den in den Rechten ausdrücklich „genannten Fällen eben kein Essentialfehler von einem „Instrumente ist, so soll man diesen doch auch für keine „gleichgültige Sache ansehen, indem die Entscheidung „des Streites oft davon abhängt."

Was

1) den Abgang des Datum's betrifft, so ist durch Beifügung desselben im Allgemeinen [12]) weder die Gültig-

9) Kreittmayr a. a. O. lit b.

10) Bl. f. RA. Bd. V S. 225.

11) Kreittmayr a. a. O.

12) Ueber Ausnahmen bei Notariatsurkunden s. GO. XI §. 2 Nr. 2; bei Protokollen Komment. Bd. II S. 172; bei Handelsbüchern GO. XI §. 3 Nr. 2; bei Hypothekenbucheinträgen — Hyp. Ges. §. 23; bei Testamenten der Eltern unter Kindern Nov. 107 cap. 1.

keit noch die Beweiskraft einer Urkunde bedingt. Handelt es sich gerade von Berechnung eines mit dem fraglichen Datum beginnenden Zeitlaufs, so hindert natürlich der Mangel des Datum's die Brauchbarkeit der Urkunde [13]); derselbe kann ferner Zweifeln darüber Raum geben, ob das beurkundete Faktum mit dem zu beweisenden identisch sei [14]). Ob und inwiefern der gedachte Mangel im einzelnen Falle der Beweiskraft Eintrag thue, ist richterlicher Erwägung der besondern Umstände anheimgestellt.

2) Fehlt einer Schuldurkunde [15]) die Angabe der **causa debendi** d. h. der besondern Thatsache, aus welcher das Schuldverhältniß entstand, so ermangelt sie zwar nicht aller Beweiskraft [16]), genügt aber für sich nicht zur Lösung der Aufgabe des Beweisführers, einen besondern Forderungsgrund darzuthun [17]); so daß es

13) Z. B. wenn es sich von dem Fälligwerden einer Schuld, welche nach dem Inhalt der Urkunde nach sechs Monaten bezahlt werden soll; oder von dem Ablauf einer Verjährung handelt, als deren Anfangspunkt das fragliche Datum erscheinen würde.

14) So bei Geschäften über vertretbare Sachen, welche unter denselben Personen öfter vorkommen. Bei einer Urkunde über hundert Zentner Hopfen kann der Mangel des Datum's eher zum Nachtheil gereichen, als bei einer vom Verkaufe des Hauses Lit. B Nr. 16 sprechenden Urkunde.

15) Ueber diesen Mangel bei Handelsbüchern s. oben §. 3, II.

16) Eine von der hier vorwürfigen ganz verschiedne civilrechtliche Frage ist es, ob und inwiefern ein schriftliches Zahlungsversprechen ohne spezielle Bezeichnung des Ursprungs der Schuld wirksam; oder ob die Geltendmachung cedirter Rechte durch Anführung und Nachweisung des Cessionsgrundes bedingt sey. Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. IV S. 305 ff.

17) Lautet der Beweissatz allgemein: „Kläger hat zu beweisen, daß ihm vom Beklagten durch Urkunde vom 7. Sept. 1830 die Zahlung von hundert Gulden versprochen worden" — so

in solchem Falle, wenn nicht andre Behelfe den Beweis ergänzen, zu einem nothwendigen Eide kommt. — So wie bei Schuldscheinen, so kann es auch bei Quittungen der Mangel der causa debendi als zweifelhaft erschei-nen lassen, ob die Urkunde gerade das in Frage befind-liche Verhältniß betreffe.

III. Am Schlusse des §en verordnet die Gerichtsord-nung „daß alle jene Mängel, welche sich erst bei der „Einsicht des Dokuments äussern, entweder gleich bei „der Produzirung des Originals, oder wenigstens inner-„halb des nächst präfigirten peremtorischen Termins an-„gezeigt, im widrigen Falle aber nicht mehr attendirt „werden sollen."

Diese Vorschrift bezieht sich auf die oben I Nr. 1 be-zeichneten Mängel, nicht auf solche, welche sich aus der Prüfung des Inhalts ergeben und schon aus der früher übergebnen Abschrift wahrnehmen ließen [18]). Erschöpft der Inhalt der Urkunde den Beweissatz nicht, mangelt es an der Glaubwürdigkeit des Ausstellers, walten Zweifel über die Identität des beurkundeten Faktums mit dem zu beweisenden ob, so kommt es nicht darauf an, daß der Produkt diese Mängel der Beweisführung ausdrück-lich gerügt hat. Dem Schweigen des Produkten läßt sich zwar die Wirkung beimessen, daß nun auf Fehler der äussern Beschaffenheit z. B. Verschiedenheit der Dinte, Korrekturen, Einschnitte u. dgl. kein Gewicht gelegt wird; keineswegs aber berechtigt dasselbe zu der Fiktion, daß die Urkunde etwas enthalte, was in der That nicht darin steht, oder daß die schriftliche Angabe eines unbeei-digten Zeugen vollen Glauben verdiene [19]).

mag eine rekognoscirte Urkunde, welche das zu beweisende Zahlungsversprechen enthält, des Mangels der speziellen cau-sa debendi ungeachtet, zum Beweise hinreichen.

18) Vgl. oben §. 7 Nr. 4. S. auch §. 5 Note 13.

19) Bl. f. RA. Bd. IV S. 315.

Die Worte des Gesetzes „oder wenigstens innerhalb des nächst präfigirten peremtorischen Termins" — sind dahin zu deuten, daß der Produkt, welcher nicht in der Produktionstagfahrt selbst die fraglichen Beweiseinreden vorbringt, sich in derselben wenigstens zu diesem Zwecke eine Frist erbitten muß; was nur dann unnöthig ist, wenn eine solche zu weiteren Prozeßhandlungen richteramtlich ohnehin vorgesteckt wird.

IV. Wird durch die vorhandnen Mängel die Beweiskraft der Urkunde gänzlich aufgehoben, so ist Produkt nicht verbunden, sich über deren Aechtheit zu erklären [20]).

Bei Zusätzen und Interlineaturen, welche weder nach dem Zusammenhange als nothwendig noch sonst als ächte Bestandtheile beglaubigt sind, steht es dem Produkten zu, die Aechtheit der Urkunde in Ansehung des sonstigen Inhalts einzuräumeu, hinsichtlich der gedachten Zusätze aber abzuleugnen; in welchem Falle vom Produzenten über die Aechtheit des Zusatzes, und, wo es darauf ankommt, über die Gleichzeitigkeit desselben mit dem Hauptinhalte besonderer Beweis zu führen ist [21]).

§. 10.

Von documentis contrariis [1]).

Mehrere Urkunden widersprechen sich, wenn sie eine und dieselbe Thatsache so verschieden darstellen, daß mit

20) Eine eventuelle Erklärung beizufügen, ist jedenfalls räthlich. Vgl. oben §. 5 II, §. 7 Nr. 2.

21) Heise und Cropp jurist. Abhandl. Bd. I Nr. VII. — Ueber den Fall, wenn der Produzent es ist, der die Unächtheit eines ihm nachtheiligen Zusatzes behauptet, s. Bl. f. RA. Bd. V S. 226.

1) Gelegenheitlich spricht der § auch von dem Falle, wenn nur ein einziges, jedoch contradictoria in sich haltendes Dokument produzirt wird. Ein solches soll ohne Beweiskraft seyn, und

der Wahrheit der einen Darstellung nothwendig die völlige Falschheit der andern angenommen werden muß. Wo die Gegenstände des Inhalts verschieden sind, da findet kein Widerspruch statt; nur ein relativer ist vorhanden, wo abgesehen von dem, worin die mehrern Urkunden Verschiedenes enthalten, noch eine wirksame Zusammenstimmung [2]) übrig bleibt. Die Gerichtsordnung weißt den Richter an, soviel möglich durch schickliche Auslegung [3]) Vereinigung der anscheinend widersprechenden Urkunden zu erstreben. „Wenn dieses wegen all„zu sichtbarer Contradiction nicht angeht, so hat er vor„züglich darauf zu sehen, ob dergleichen Urkunden von „verschiedenen Partheien oder von einer allein selbst „freiwillig produzirt worden sind. Im letzten Falle „macht keines von beiden einen Beweis, sondern es wird „vielmehr eines durch das andere ohne Unterschied „entkräftigt."

Diese Vorschrift gilt nur von freiwilliger Produktion widersprechender Urkunden; sie findet daher keine Anwendung, wenn die Vorlage der einen, etwa in Folge eines gegnerischen Editionsgesuchs, auf richterlichen Befehl geschah [4]). Daß die mehrern Urkunden nicht gleichartig, die eine Urkunde eine öffentliche, die die Verwahrung, daß man sich desselben nur in passibus utilibus bedienen wolle, keine Wirkung haben. — Ist der Widerspruch nur in Nebenpunkten oder in Stellen, auf die es nicht ankommt, vorhanden, so steht es in richterlichem Ermessen, welcher Einfluß solchem Mangel beizulegen sey. S. oben §. 9 Note 1.

2) Z. B. in der geringeren Summe. Kreittmayr Anmerk. lit. a.

3) Nach welcher etwa die eine Urkunde nur die allgemeine Bestimmung, die andere das Detail und einzelne Modifikationen enthält. Vgl. Kreittmayr lit. d.

4) Kreittmayr Anmerk. lit. b.

andere eine Privaturkunde, oder die eine fehlerfrei, die andre mit Fehlern behaftet ist, macht keinen Unterschied[5]).

„Im ersten Falle[6]) aber soll das Protokoll allezeit dem „daraus verfertigten Instrumente, und unter zwei In„strumenten das unmangelhafte dem mangelhaften, oder „wenn beide ohne Mangel sind, das publicum[7]) dem „privato, und wenn auch hierin eine Gleichheit ist, das „wahrscheinlichere dem minder wahrscheinlichen[8]), die „mehrern an der Zahl den wenigeren, und endlich wo „gar alles gleich ist, dasjenige, welches zur Absolution „dient, vorgezogen werden."

Unter den Instrumenten, von deren Kollision hier die Rede ist, sind nur Urkunden in dem oben §. 1 erwähnten engern Sinne zu verstehen. Hat nur eines der kollidirenden schriftlichen Beweismittel den Inhalt eines Instruments in diesem Sinne, das andre hingegen ist nur ein schriftliches Zeugniß oder gar scriptura pro scribente, so ist die Entscheidung des Kollisionsfalles nicht aus der obenangeführten Gesetzstelle, sondern aus den Grundsätzen zu schöpfen, welche die Beweiskraft der Urkunden nach der Verschiedenheit ihres Inhalts bestimmen (oben §. 1). Z. B. der auf Berichtigung des Kaufgeldes belangte Käufer behauptet, dasselbe bereits aus Auftrag des Verkäufers an einen Gläubiger desselben gezahlt zu haben, und legt zum Beweise dieser Zahlung eine Quittung des Gläubigers vor. Der Verkäufer gesteht den Auftrag zu, leugnet aber die geleistete Zahlung und bezieht sich auf ein gerichtliches Protokoll aus dem zwischen ihm und dem Gläubiger obschwebenden Prozesse, in welchem dieser

5) Kreittmayr a. a. O. — Bei einem Widerspruche zwischen Original und Abschrift wird natürlich ersteres vorgezogen.

6) Wenn nemlich die widersprechenden Urkunden von verschiedenen Partheien produzirt werden.

7) Dessen Integrität und Formrichtigkeit vorausgesetzt.

8) Vgl. hierüber oben §. 1 und §. 3.

erklärt, die fragliche Zahlung nicht empfangen zu haben. Obwohl nun hier der Verkäufer eine öffentliche Urkunde, nemlich das gerichtliche Protokoll, der Käufer in der Quittung des Gläubigers nur eine Privaturkunde für sich hat, so wird doch Niemand in den Sinn kommen, jene protokollarische zu eignem Vortheil gereichende Angabe dem in der Quittung enthaltenen Empfangs-Bekenntnisse vorzuziehen.

Am Schlusse des §en bestimmt die Gerichtsordnung: „Im Falle die Dokumente so beschaffen sind, „daß eines durch das andere nicht so fast widersprochen, „als aufgehoben wird" — z. B. frühere Schuldbriefe durch eine spätere Vergleichs- oder Abrechnungs-Urkunde, — „so soll dieses letztere allein bei Kräften bleiben, und vor jenem den Vorzug haben."

§. 11.

Von Contrarietät der Dokumente und Zeugschaften.

Eine solche ist nicht vorhanden, wenn die Zeugschaften nur darauf gehen, eine Auslegung der Urkunds-Worte zu rechtfertigen, welche vom Wortsinne abweicht oder dessen Dunkelheit aufhellt; oder zu zeigen, daß bei Abfassung der Urkunde die Aeusserungen der Handelnden unrichtig aufgefaßt wurden; oder darzuthun, daß außer den beurkundeten Thatumständen resp. Erklärungen gleichzeitig oder später noch Anderes gethan oder erklärt worden sei [1]). In Fällen solcher Art können die beiderlei Beweismittel, Urkunden und Zeugen, sich ergänzend und berichtigend zur Wirksamkeit gelangen. Wie aber, wenn die Zeugen gerade das Gegentheil dessen aussagen, was die an sich vollbeweiskräftige [2]) Urkunde enthält, wenn die Aussage der ersteren mit dem Inhalte der letzteren sich

1) Lotz civilist. Abh. S. 62 ff.; Bayer Vorträge zu Martin's Lehrbuch §. 105.

2) Nur von solchen handelt es sich hier.

auf keine Weise vereinigen läßt? — In der Regel „wird sowohl den Instruments- als andern Zeugen[3]), wenn sie nur legal[4]) und zum vollständigen Beweise hinlänglich[5]), auch nicht durch anderweitigen Gegenbeweis widerlegt sind, mehr als den Urkunden geglaubt." Dem zu folge kann wohl ein Urkundenbeweis durch die entgegenstehende übereinstimmende Aussage zweier tadelfreier Zeugen, nicht aber ein so beschaffener Zeugenbeweis durch eine widersprechende Urkunde entkräftet werden.

Diese Regel gilt selbst da, wo der Zeugenbeweis mit einer öffentlichen Urkunde, mit einem gerichtlichen Protokolle kollidirt[6]).

Steht der vollbeweisenden Urkunde kein vollständiger oder nur ein durch anderweitige Gegenprobe geschwächter Zeugenbeweis entgegen, so ist es Sache des Richters, die Glaubwürdigkeit der für den einen und andern Theil sprechenden Behelfe genau zu prüfen und abzu-

3) Kreittmayr zu diesem §en lit. g: „Instruments-Gezeugen nennt man jene, welche dem Akt beigewohnt haben, oder wenigstens in dem Instrument als Zeugen benannt sind. Die übrigen heißt man Extraneos. Durch beide kann ein Instrument über den Haufen geworfen werden und zwar durch Extraneos, wenn sie z. E. sagen, daß Cajus eben zur Zeit, wo er das Instrument vermöge des Dati ausgestellt haben soll, an einem andern Orte, als worauf das Datum lautet, sich befunden habe . . . u. s. w."

4) Kreittmayr lit. h: „Die Legalität erfordert testes omni exceptione majores, und eine förmliche Verhör derselben, wie nicht weniger eine solche Aussage, wie sie oben Kap. X §. 17 beschrieben ist."

5) Die übereinstimmende Aussage zweier Zeugen ist hinreichend. Kreittmayr lit. i.

6) Vergl. Kreittmayr a. a. O. lit. f. mit dem allegirten Leyser spec. 71 §. 15. — Indessen werden die meisten Fälle unter die sofort anzuführenden Ausnahmen lit. b fallen.

wägen, und das Resultat nach vernünftigem Ermessen zu ziehen [7]).

Die erwähnte Regel soll keine Anwendung finden und ausnahmsweise den Urkunden mehr Glauben beigemessen werden, als den ihnen widersprechenden Zeugen

a) in allen Sachen, welche über 40 oder mehrere Jahre zurück gehen, eben so

b) wo durch Gesetze oder Gewohnheit die Schrift erfordert wird, daher z. B. überall, wo die zu beweisende Handlung nothwendig vor Gericht vorzunehmen war, indem alles bei Gericht Verhandelte schriftlich aufgezeichnet werden muß [8]), ferner

c) in Sachen, welche dem menschlichen Gedächtnisse leicht entweichen, z. B. wenn es auf eine Reihenfolge von Zahlen ankommt; und endlich

d) wenn die causa debendi gegen das eigene schriftliche Geständniß widersprochen wird.

In allen diesen Ausnahmsfällen wird aber eine Urkunde vorausgesetzt, deren Beweiskraft ausserdem keinem erheblichen Bedenken unterliegt [9]). Wenn z. B. eine Ge-

7) Kreittmayr a. a. O. lit. k.

8) Koment. Bd. I S. 322. — S. jedoch hinsichtlich des mündlichen Verhörs Bd. II S. 28 f.

9) Im Komment. Bd. II S. 173 wird gesagt: Die Eigenschaft eines gerichtlichen Protokolles ist im Allgemeinen, weder von der Unterschrift des Gerichtskommissärs, noch von der Uuterzeichnung der handelnden Personen abhängig. Soll aber die Unterschrift des Aktuars genügen, so darf dieser nicht blos ein verpflichteter Schreiber oder Praktikant seyn; ohne Beglaubigung durch eine wirkliche, im Staatsamte stehende Gerichtsperson ist die Eigenschaft der öffentlichen Urkunde nicht anzunehmen.

richtsperson wegen Fälschungen von Amtsurkunden verurtheilt oder nur von der Instanz entlassen worden ist, so liegt darin hinreichender Grund, gegen alle Urkunden, deren Beweiskraft auf der von ihr geschehenen Beglaubigung beruht, jede Art von Gegenbeweis zuzulassen, und insbesondre widersprechenden Zeugen mehr Glauben beizumessen.

Will der Produkt den Beweis einer Verfälschung der Urkunde führen, so sind Zeugen-Aussagen hiezu ohne Bedenken dienlich [10]).

§. 12.

Wie zu beweisen sey, wenn die Dokumente verloren gegangen sind.

Ist eine zum Beweise dienliche Urkunde

a) „aus eignem Verschulden oder Vorsatz" des Beweisführers zu Verlust gegangen, so ist es seine Sache, das zu Beweisende durch andre Mittel darzuthun, ohne hiebei eine Erleichterung ansprechen zu können [1]).

b) Will der Beweisführer eine Urkunde benützen, deren zufälligen [2]) Verlust er behauptet, so hat er sowohl den Inhalt und die gültige Errichtung derselben als auch den angeblichen Zufall — nicht blos zu bescheinigen, sondern zu beweisen [3]). Dagegen braucht er, daß die

10) Lotz und Bayer a. a. O.

1) Kreittmayr zu diesem §en lit. b.

2) „Wer seines Dokuments durch Raub, Diebstahl, Brand, Wassernoth und dergleichen unvorhergesehene Zufälle verlustig wird."

3) Wobei indessen die allgemeine Regel, daß ein halber Beweis nebst dem Ergänzungseide einer vollständigen Probe gleichzuachten ist, Anwendung finden kann. (Wenn die GO. diese Anwendung als eine Erleichterung bezeichnet, so erklärt das sich aus dem Hinblick auf die Lehren der Schriftsteller,

Urkunde durch den bewiesenen Unglücksfall verloren gegangen, nur wahrscheinlich zu machen, wozu auch schwächere Muthmassungen [4]) in Verbindung mit eidlicher Bestärkung hinreichen.

Wenn man aber

c) „von dem Gegentheile selbst betrüglicher oder „gewaltthätiger Weise um das Dokument gebracht wird, „so soll gegen ihn auf die Exhibition geklagt, und hier„über weiter verfahren werden, wie obenstehender §. 6 „das Mehrere mit sich bringt [5])."

Hat der Verlust der Urkunde schon vor dem Beweisverfahren stattgefunden, so gelten über Antretung und Durchführung des in gegenwärtigem §en normirten Surrogat-Beweises die allgemeinen Vorschriften. Ein Verlust, welcher sich erst nach Ablauf des Beweistermins ergiebt, veranlaßt — zu Erbringung der stellvertretenden Probe — ein Incidentverfahren. — In solchem Falle ist der Produzent auch befugt, der verlorenen Urkunde andre Beweismittel zu substituiren [6]). Die Präklusivkraft

von welchen die Anmerk. lit. a spricht). — Auch zum Beweise des Zufalls genügt eine durch den Eid vervollständigte Probe. S. die Anmerk. lit. d, in welcher sowohl die Ansicht, welche vollständigen Beweis ohne Eid (durch 2 Zeugen) fordert, als die andre, welche den bloßen Eid für hinreireichend achtet, verworfen wird.

4) D. h. solche, welche weniger als eine halbe Probe ausmachen. — Kreittmayr geht weiter, als das Gesetz, wenn er bei Leuten von gutem Leumund und ehrlichem Herkommen den Eid, ohne alle Muthmassungen, für hinreichend hält.

5) Vgl. insbesondere Nr. 6 des angeführten §en.

6) S. oben S. 22, 37. Gönner im Komm. zur Nov. von 1819 S. 173—4.

des abgelaufenen Beweistermins steht ihm deßfalls nicht im Wege. Der später eingetretene Verlust ist ein „novum emergens“ durch welchen die Zulassung eines „novum auxilium“ gerechtfertigt wird. Die Wirksamkeit der Eventualmaxime geht nicht soweit, daß dem Beweisführer zugemuthet werden könnte, innerhalb des Beweistermins auch für mögliche Verluste Vorsorge zu treffen, und zu diesem Ende sofort auch Ueberflüssiges beizubringen.

Zwölftes Kapitel.

Von dem Beweise durch eignes Geständniß, Vermuthung, Augenschein, Calculation, Notorietät und gemeinen Ruf.

Zwölftes Kapitel.

Von dem Beweise durch eignes Geständniß, Vermuthung, Augenschein, Calculation, Notorietät und gemeinen Ruf.

§. 1.

Von der Confession [1]).

I.

Was eine Parthei in Verhandlung einer streitigen Rechtssache sich zum Nachtheil, dem Gegner zum Vortheil als wahr und richtig einräumt, ist als vollbewiesen, als juristisch-gewiß anzunehmen. Dies gilt nicht blos von einfachen Thatsachen, sondern auch von solchen, die, wie der Wahnsinn einer Person, nur durch Vermittlung von Schlußfolgerungen aufgefaßt werden; ferner auch von Rechtsverhältnissen (als juristischen Thatsachen). Wenn der Beklagte das vom Kläger behauptete Eigenthum, Servitutrecht, Verwandtschaftsverhältniß zugesteht,

1) A. D. Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung Nr. IV (ed. II S. 40 ff.); Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile des Civilproz. S. 250 ff.; Brackenhöft im Archiv für civ. Praxis Bd. XX S. 248 f., 362 f.; Bl. f. RA. Bd III. S. 225 f.; Bd. VII S. 113 f.

so ist das nicht minder wirksam, als die Einräumung der Wahrheit einzelner faktischer Behauptungen [2]).

Diese Wirksamkeit gerichtlicher Geständnisse beruht nicht sowohl auf Voraussetzung ihrer innern Glaubwürdigkeit [3]), sondern vielmehr auf dem Satze: volenti non fit injuria [4]); indem der Richter das Zugestandene als wahr und richtig annimmt, thut er nur nach dem Willen des Geständigen [5]).

Wenn die Gerichtsordnung im Eingange des §en bestimmt:

„daß es gegen den Geständigen keines Erkenntnis-
„ses mehr bedarf [6]), sondern gleich mit straker
„Exekution verfahren werden kann [7]),"

2) Fr. 6 §. 2 de confessis (42, 2): „Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque confessus sis: perinde habearis, atque si dominii mei fundum esse pronunciatum esset." Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 305.

3) Daß dem Richter etwa das Geständniß als unglaubwürdig erscheint, ist im Civilprozesse kein Grund, demselben Wirksamkeit zu versagen. Vgl. indessen unten II.

4) GO. Nr. 3: „Daß man nicht nur den Willen überhaupt."

5) Heffter zu Weber a. a. O. S. 292: „Wer vor Gericht seinen Gegner ein demselben vortheilhaftes Geständniß macht, legt dadurch an den Tag, daß er über den Inhalt desselben keinen Streit erregen wolle, und unterwirft sich natürlich hierdurch den daraus entstehenden Folgen. Der Richter hat blos über dasjenige zu entscheiden, worüber Streit ist, das Unbestrittene nimmt er als ausgemacht an."

6) Die GO. folgt den Bestimmungen des Röm. Rechts über die Wirkungen der confessio in jure (fr. 1 de confess.). — Vgl. Kap. VI §. 11.

7) Wo der Uebergang zur Exekution, wegen andrer nicht gleichmäßig reifer Punkte, nicht sofort geschehen kann, pflegt über das Zugestandne ausgesprochen zu werden: es habe hierüber bei dem Einverständnisse der Partheien sein Bewenden.

so gilt dies nur da, wo der Beklagte das vom Kläger Geforderte schuldig zu seyn, unumwunden — ohne eine Vertheidigung zu versuchen — eingeräumt hat [8]). Wurden zwar alle der Klage zu Grunde liegende Thatsachen als richtig zugestanden, aber die Begründung der Forderung aus denselben bestritten, oder Einreden entgegengesetzt, so kann von Anwendung des Satzes — confessus pro judicato habetur — keine Rede seyn, es muß vielmehr der Streit durch Urtheil geschlichtet werden.

Der sofortige Uebergang zur „straken Exekution" kann natürlich da nicht stattfinden, wo zwar durch das Geständniß die Schuld im Allgemeinen festgestellt ist, die Ausmittlung des Betrages aber noch von einer Liquidation oder doch von richterlichem Ermessen abhängt [9]). — In richterlichem Ermessen steht ferner, dem geständigen Schuldner, vor Einleitung des Exekutionsverfahrens, eine

8) Z. B. der mit bedungener Verwilligung gerichtlicher Einweisung auf die verfügbaren Gehaltstheile versehene Gläubiger eines Staatsdieners hat bei dem Prozeß-Richter den Antrag gestellt, es möge Beklagter, sich die gerichtliche Einweisung des Klägers in den Bezug der fraglichen Gehaltstheile gefallen zu lassen, für schuldig erkannt, und sofort diese Einweisung durch Mandat an die treffende Kasse bewerkstelligt werden. — Wenn nun der Beklagte diesen Antrag durch unbedingte Einräumung des erhobenen Anspruchs beantwortet, so hat der Richter sofort zum Vollzug zu schreiten, d. h. das beantragte Mandat an die Kasse zu erlassen. — (Diese richteramtliche Verfügung begründet die in den Bl. f. RA. Bd. IV S. 49 – 51 bezeichnete Occupation. — Sind hingegen Gläubiger und Schuldner blos bei dem Notariate des Gerichts erschienen, um das Schuldverhältniß beurkunden und die Anweisung der Kasse nur notifiziren zu lassen, so findet weder die Erlassung eines richteramtlichen Immissions-Dekretes statt, noch tritt die erwähnte Occupation ein).

9) Brackenhöft a. a. O. S. 278. Vgl. GO. XVIII §. 1.

billige Frist zur Aufbringung von Zahlungsmitteln zu gestatten [10]).

II.

Die Gerichtsordnung bestimmt:

„Muß confessus seiner selbst mächtig [11]), unge-
„zwungenen freien Willens, und bei gutem Ver-
„stande seyn."

Da Minderjährige ohne Zustimmung des Vormunds und in der Regel Hauskinder ohne Autorisation des Vaters über ihre Rechte nicht verfügen und keine Verbindlichkeiten übernehmen können, so bedarf es solchen Vollwortes auch bei dem Willensakte, welcher im gerichtlichen Geständnisse liegt. Handelt es sich von einzelnen Thatsachen, von welchen nur der volljährige Hausſohn, nicht der Vater eignes Wissen hat, so kann der Widerspruch des Letzteren nicht hindern, daß dem von Jenem abgelegten Geständnisse [12]) soviel Wirksamkeit beigelegt werde, als ihm zufolge seiner innern Glaubwürdigkeit zukommt [13]); was im einzelnen Falle — nach Prüfung aller Umstände — in richterlichem Ermessen steht [14]).

10) Fr. 31 de re judicata (42, 1): „His, qui fatebuntur debere . . . . tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cujusque videbitur." Vgl. Hefftter zu Weber a. a. O. S. 292.

11) Insofern nemlich das gerichtliche Geständniß die Eigenschaft eines Willensaktes hat. — Vgl. die 3 folgenden Noten.

12) Auch die Geständnisse sind eine Art Zeugnisse. S. oben Kap. XI §. 1 Note 6.

13) Der Vater kann zwar das volljährige Hauskind von einem nachtheiligen Willensakte abhalten, ihm aber nicht eine lügenhafte Antwort auf gegnerische Behauptungen aufdringen. — Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 202.

14) Wenn z. B. der auf Entschädigung wegen ausserehlicher Schwängerung unter Beistand des Vaters klagenden volljährigen Haustochter vom Beklagten der Einwand, sie habe zur

Ob „ungezwungner freier Wille" stattgefunden, kann z. B. bei solchen Geständnissen zweifelhaft seyn, welchen Strafbedrohungen gegen den Geständigen vorhergegangen waren [15]).

„Wer sich über ungebührlichen Zwang, Irrthum [16]), „oder Hinterlist beschwert, muß dieses sein Vorgeben „beweisen."

Wie dergleichen Fehler der Willensbestimmung beschaffen seyn müssen, um das Geständniß unwirksam zu machen, ist nach dem Civilrechte zu beurtheilen.

Zur Anfechtung wegen Irrthums ist es nicht genug, die Unwahrheit des Zugestandenen nachzuweisen [17]).

kritischen Zeit auch Andern den Beischlaf gestattet, entgegengesetzt wurde, und die Klägerin hierauf — unter Widerspruch ihres Vaters — eingestehend antwortet, so kommt es wohl darauf an, ob auch die nähern Umstände der Beischlafskonkurrenz angegeben sind. Eine Bejahung der besondern Thatumstände ist offenbar aus dem Standpunkte der innern Glaubwürdigkeit viel gewichtiger, als eine allgemeine Bejahung einer allgemeinen Behauptung. Vgl. Kap. X §. 17 und oben den Komm. zu diesem §en.

15) Z. B. in einem Mandats- oder Rügeverfahren. Vgl. Kritz Rechtsfälle Bd. I S. 230 f.

16) Vgl. fr. 2 de confessis (42, 2): „non fatetur, qui errat, nisi jus ignoravit" — mit fr. 15 de jurisdict. (2, 1) und fr. 116 §. 2 de reg. jur. — „In der angeführten Stelle sagt Ulpian: wer irrt, nemlich über den Gegenstand des Streits, der kann nicht als geständig angesehen werden. Doch kann sich dieser Irrthum immer nur auf das Faktische beziehen. Irrthum und Unkenntniß in Beziehung auf Rechtssätze macht das Geständniß niemals ungültig." Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 272.

17) S. unten §. 2, II. Vgl. Bayer Vorträge zu Martin's Lehrbuch §. 128, 181. (Wirkungen des Geständnisses).

III.

„Das Geständniß soll mit Worten, Schriften oder „Zeichen dergestalt klar und deutlich am Tage liegen, „daß man nicht nur den Willen überhaupt, sondern auch „was, und wieviel man dadurch einzuräumen gemeint „sey, hinlänglich erkennen könne, indem im Zweifel die „Auslegung allezeit dem confesso zum Besten gemacht „wird."

Daß die mündliche oder schriftliche Erklärung das Geständniß geradezu ausspreche, ist nicht erforderlich; nur unzweideutig muß es darin enthalten seyn [18]).

Erscheint es als zweifelhaft, ob der Geständige von dem Gegenstande seiner Erklärung eine klare Einsicht gehabt, ob nicht darüber ein Mißverständniß obgewaltet, so fehlt es an der Gewißheit des Willens. — „Was nur bedingnißweise eingestanden wird, kann auch anders nicht, als mit der nemlichen Bedingung auf- und angenommen werden [19])."

Läßt die fragliche Erklärung eine mehrfache Deutung zu, so ist die dem Geständigen am wenigsten nachtheilige vorzuziehen. Wo indessen die Vorschriften der §§. 19, 21, 22 der Prozeßnovelle von 1837 Anwendung finden, ergiebt sich ein anderes Resultat; indem jeder nicht besonders und bestimmt widersprochene Thatumstand für zugestanden angenommen wird.

IV.

„Hat dasjenige Geständniß keine Kraft, welches „nur das jus, oder zukünftige und unmögliche Dinge „betrifft."

18) Z. B. in dem Vorbringen, der Gegner sey aus einem Kapitale von 2000 fl. noch mit 800 fl. im Rückstande, ist unzweideutig das Geständniß enthalten, daß die Forderung im Betrage von 1200 fl. bereits getilgt sey.

19) GO. Nr. 10.

Kreittmayr sagt: „das Recht bleibt alle Zeit, wie es ist, und läßt sich durch widrige Geständniß nicht abändern, sondern wann von den Partheien oder Advokaten dagegen gestolpert wird, so muß der Verstoß allenfalls von Amtswegen supplirt werden.“ Dies ist jedoch nicht so zu verstehen, als ob das Supplirungsamt des Richters noch da eintreten könne, wo der Beklagte, durch Rechtsirrthum verleitet, den Anspruch des Klägers unumwunden zugesteht, ohne eine Vertheidigung dagegen zu versuchen [20]). In solchem Falle liegt es ausser der Aufgabe des Richters, eine Prüfung der Motive des Geständnisses vorzunehmen, und nur da hat er seine Hülfe zu versagen, wo er durch Gewährung derselben einem gesetzlichen Verbote zuwider handeln würde z. B. bei Einklagung einer Spielschuld, eines Hurenlohns [21]).

Bei Gegenständen, welche überhaupt der Privatwillkür der Betheiligten entzogen sind, kann auch das gerichtliche Geständniß nicht zur Grundlage der Entscheidung dienen [22]). — Indessen räumt in Bayern die Praxis der protestantischen Ehegerichte in Bezug auf Ehescheidungsursachen, hinsichtlich welcher ein eignes Wissen aus

20) Kreittmayr's Aeusserung: „Objectum confessionis bestehet lediglich in Facto“ bezieht sich auf solche Geständnisse, bei welchen es sich um die Wahrheit und Wirksamkeit einzelner Thatsachen handelt.

21) Fr. 14 §. 1 de interrog. in jure (11, 1): „In totum autem confessiones ita ratae sunt, si id, quod in confessionem venit, et jus, et naturam recipere potest.“

22) Wenigstens nicht ohne unterstützende Behelfe. Const. 6, 24, 39 de liberali causa (7, 16); C. 5 X de eo qui cognovit (4, 13). Bayer a. a. O. (Erfordern. eines gerichtl. Geständn.); B.-Hollweg a. a. O. S. 309.

Sinnenwahrnehmung stattfinden kann [23]), dem Geständnisse volle Beweiskraft ein [24]).

V.

Um als gerichtliches Geständniß in einer bestimmten Streitsache zu wirken, muß dasselbe vor dem Gerichte, welches in dieser Streitsache zuständig [25]), abgelegt seyn, und zwar in einer Verhandlung, welche gerade den Anspruch, zu dessen Geltendmachung das Geständniß wirken soll, zum Gegenstande hatte. „Was zwar vor dem „Richter, aber nicht in gewöhnlicher Gerichtsform, sondern nur etwa in zufälliger Gegenwart desselben oder „in einer ganz andern Streitsache [26]) incidenter eingestanden wird, ist nur für ein aussergerichtliches „Geständniß zu halten [27])." Nebstdem ist nach den Vorschriften der Gerichtsordnung die Wirksamkeit als gerichtliches Geständniß auch dadurch bedingt, daß es in einer vor dem Prozeß-Gerichte über den fraglichen Anspruch gepflogenen Verhandlung [28]) abgelegt worden; hatte gleich der Implorat in den Notariats- oder Hypothekenamts-Protokollen desselben Gerichts, dessen richterliche Hülfe jetzt aufgerufen wird, in einer gerade die-

23) Was bei der Behauptung ehelichen Unvermögens nicht der Fall ist. Vgl. Glück Präjudizien aus der ehegerichtl. Praxis Nr. 47.

24) Glück a. a. O. S. 60 lit. d. Diese Praxis hat auch Kreittmayr's Ansicht für sich: Anmerk. zum Landrecht Th. I Kap. 6 §. 42 Nr. 3: „Die angebliche Ursache der Ehescheidung muß auf allenfallsiges Widersprechen bewiesen seyn."

25) „Oder wenigstens (vor dem) von beiden Theilen erwählten Schiedsrichter oder ordentlich bestellten Commissario."

26) Von Geständnissen in Gantverhandlungen, wenn sie später von einem Liquidanten gegen den andern geltend gemacht werden wollen — s. Bl. f. RA. Bd. IV S. 27.

27) GO. in vorliegendem §en Nr. 7.

28) Vgl. oben Note 25, 26.

sen Anspruch betreffenden Verhandlung ein den gesetzlichen Erfordernissen entsprechendes Geständniß über dessen Richtigkeit abgelegt, so kann doch darauf der Satz „confessus pro judicato habetur," nicht in Anwendung gebracht, daher auf dem Grunde eines solchen in den Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorliegenden Geständnisses nicht sofort zur Exekution geschritten werden [29]). Daß die Gerichtsordnung in Nr. 5 des gegenwärtigen §en nur Verhandlungen vor dem Prozeßrichter im Auge hat, erhellt aus den Worten „oder wenigstens von beiden Theilen erwählten Schiedsrichter" und aus der Vergleichung mit Kap. V §. 7; indem der Gesetzgeber den Fall des vor dem Notariate oder Hypothekenamte abgelegten Geständnisses, wenn er dasselbe als ein gerichtliches mit einer der Rechtskraft analogen Wirkung gelten zu lassen beabsichtigt hätte, unter die Fälle, in welchen Erlassen eines unbedingten Mandates zulässig, eingereiht haben würde [30]). Geschah die Ablegung des Geständnisses in der zur Schlichtung der anhängigen Streitsache durch Vergleich bestimmten Verhandlung, so hat es allerdings die Eigenschaft eines gerichtlichen, indem diese Verhandlung vor dem Prozeßrichter gepflogen wird; nur ist hier mit besonderer Sorgfalt darauf zu merken, daß nichts als unumwunden zugestanden angenommen werde, was der Betheiligte nur unter Voraussetzung einer gegnerischen Einräumung zuzugeben beabsichtigt hat.

Gegenwart desjenigen, zu dessen Vortheil das Geständniß gereicht, ist nicht erforderlich.

29) Unbedenklich macht aber dasselbe vollen Beweis, indem es jedenfalls nicht weniger wirksam ist, als das aussergerichtliche, worüber des confessi Handschrift vorhanden ist. — Gleiches gilt von dem in einer Untersuchungssache mit allen Erfordernissen des Art. 267 Th. II des StrG. abgelegten Geständnisse. Vgl. Bl. f. RA. Bd. I S. 47.

30) Vgl. Komment. Bd. II S. 47. Ueber Hypothekenamts-Funktionen des ältern Rechts vgl. GO. XX §. 9 Nr. 4.

VI.

Die Beweiskraft des **aussergerichtlichen**[31]) Geständnisses beruht auf der Annahme, daß Niemand gegen bessere Ueberzeugung die Unwahrheit sagen werde, wo dieß zu seinem Nachtheile gereicht. Aber die Erfahrung lehrt, daß diese Vermuthung mitunter nicht zutrifft. Im Interesse andrer Zwecke, in Erwartung künftiger Thatsachen, oder aus Leichtsinn oder im Scherze sagt man häufig mit Bewußtseyn Unwahres aus; nicht minder häufig sind Zugeständnisse aus Unbesonnenheit oder mangelhafter Einsicht. Soll nun der Richter seine Ueberzeugung auf eine solche Aussage gründen, so muß er gewiß seyn, daß der Erklärende den animus confitendi, die Absicht hatte, nach Ueberzeugung die Wahrheit zu sagen, — und daß auch der Erklärung die erforderliche Einsicht und Ueberlegung zu Grunde lag. Deßwegen sind, um das Gewicht eines aussergerichtlichen Geständnisses als Beweisgrundes zu bestimmen, alle Umstände, unter welchen es abgelegt worden, alle Merkmale seiner Erscheinung in Erwägung zu ziehen[32]). Aus Rücksicht auf die Unsicherheit dieses Beweisgrundes verordnet die Gerichtsordnung:

„Ein aussergerichtliches Geständniß macht mehr
„nicht als einen halben Beweis, es sey denn, daß
„des confessi Handschrift darüber vorhanden, und
„diese auch gehörig recognoscirt sey."

Die Worte „mehr nicht als einen halben Beweis"

31) Ein vor Gericht, aber in Verhandlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit oder in einer ganz anderen Streitsache abgelegtes Geständniß wird nur für ein aussergerichtliches angesehen; (oben V).

32) S. B. **Hollweg** a. a. O. S. 303. Von Wichtigkeit kann es insbesondre seyn, ob das Geständniß in Gegenwart der andern Parthei, bei Abschließung eines Rechtsgeschäfts, in einer gerichtlichen Verhandlung, vor der Obrigkeit u. dgl. abgelegt wurde.

sagen nicht, daß jedes aussergerichtliche Geständniß doch einen halben Beweis mache; vielmehr steht es in richterlichem Ermessen, im einzelnen Falle demselben weniger oder gar keinen Werth beizulegen; so wenn das Geständniß nicht demjenigen gegenüber, dem es zum Beweise dienen soll, sondern gelegenheitlich einem Dritten gemacht wurde [33]); wenn es nicht blos das Daseyn einer sinnlich wahrnehmbaren Thatsache, sondern ein Urtheil, eine Subsumtion unter Rechtssätze ausspricht [34]), wenn überhaupt Gründe vorliegen, die ernstliche Meinung, resp. Ueberlegung oder Einsicht des Geständigen zu bezweifeln.

Unter „Handschrift" ist in dieser Gesetzstelle eine Urkunde solcher Beschaffenheit verstanden, daß sie nach dem oben S. 136 Vorgetragenen vollen Beweis zu lie-

33) Bl. f. RA. Bd. III S. 229.

34) B. Hollweg a. a. O. S. 306 lehrt hierüber: „Das aussergerichtliche Geständniß ist ein Zeugniß, auf welches der Richter seine Ueberzeugung gründen soll. Daher muß es, wie jedes andre Zeugniß, auf Thatsachen gerichtet seyn, die der Gestehende wissen kann, d. h. äussere Thatsachen, die er mit den Sinnen wahrnehmen kann, und innere, die in seinem Bewußtseyn vorgegangen sind. Jedes Urtheil, jede Schlußfolgerung, faktisch oder juristisch, muß hier ausgeschlossen bleiben, als ausschließend Sache des Richters. Er darf seine Ueberzeugung nicht auf fremde Urtheile oder Schlüsse gründen. Dies ist der Hauptgrund, warum in unserem heutigen Recht ein Schuldbekenntniß auf die causa debendi gerichtet seyn muß, auf die reine Thatsache, aus welcher die Obligation entstanden ist, Empfang des Darleihns u. dgl." — Da nach Vorschrift der GO. (s. oben Kap. XI §. 9 Nr. 3) der Mangel der causa debendi nicht für einen Essentialfehler gilt, so ist folgerecht zu behaupten, daß ein aussergerichtliches Geständniß, welches geradezu auf das Daseyn eines Rechtes gerichtet ist, nicht aller Beweiskraft entbehrt, doch aber minder beweiskräftig ist, als dasjenige, welches die Thatsache seiner Entstehung angiebt. — Vgl. übrigens Bl. f. RA. Bd. II S. 308, 331.

fern geeignet ist [35]). Der Rekognition bedarf es nicht, wo das Geständniß in öffentlicher Urkunde vorliegt.

Das in vollbeweisender Handschrift vorliegende auffergerichtliche Geständniß ist doch dem gerichtlichen nicht gleichzuachten, indem der Satz „confessus pro judicato habetur“ keine Anwendung darauf findet, und die Entkräftung desselben durch bloße Nachweisung der Unwahrheit des Zugestandnen geschehen kann.

VII.

Ob und wiefern das bloße Stillschweigen im auffergerichtlichen Rechtsverkehre als wirksames Geständniß gelten könne, ist nach den Grundsätzen des Civilrechts vom stillschweigenden Consense zu beurtheilen [36]); — in gerichtlichen Verhandlungen kommen darüber die Vorschriften vom Ungehorsam zur Anwendung [37]).

Die Wirksamkeit eines Geständnisses ist durch Nachweisung der Acceptation desselben von Seite des Gegentheils nicht bedingt [38]).

VIII.

„Präjudizirt sowohl das schriftliche als mündliche

35) Dieser Fall des vollbewiesenen auffergerichtlichen Geständnisses ist demnach ganz identisch mit dem des a. a. O. erörterten Urkundenbeweises.

36) Besondere Grundsätze über das Stillschweigen in Bezug auf die Liquidationen zum Zwecke der Grundsteuer-Kataster stellt das Grundsteuergesetz vom 15. Aug. 1828 auf. — Von der Unterlassung einer Protestation gegen Gutsbeschreibungen — s. Bl. f. RA. Bd. II S. 156.

37) S. oben Kap. V §. 10, 11, IX §. 3 Nr. 1 vgl. mit XII §. 1 Nr. 8. Vom Geständniß durch Stillschweigen, insbesondere bezüglich der Erklärung des Litisdenunziaten. — Bl. f. RA. Bd. I S. 7.

38) Vgl. GO. XII §. 1 Nr. 9 mit Bl. f. RA. Bd. III S. 226 – 9 und Bd. VII S. 116 Note 3.

„und jedes andere Geständniß allezeit nur dem gestän-
„digen Theile und seinen Erben allein, niemals aber
„einem Dritten [39]), folglich auch keinem successori sin-
„gulari, soweit nicht dieser etwa sein Recht erst nach
„geschehenem Geständnisse von dem confesso erlangt
„hat. — Hingegen steht das Bekenntniß des Vaters,
„Vormundes, curatoris oder Anwalts ihren respective
„Kindern, Pflegbefohlnen und Prinzipalen, wo sie statt
„ihrer Rede und Antwort zu geben schuldig sind, aller-
„dings im Wege."

Das Geständniß eines von mehrern Streitgenossen gereicht nur ihm, nicht den übrigen zum Nachtheile [40]).

Faktische Angaben des Anwalts, welche lediglich in den Motiven einer abgegebnen Erklärung vorkommen, ohne in der Aufgabe dieser Erklärung zu liegen, präjudiziren dem Vollmachtgeber nicht [41]); am wenigsten dann, wenn das Faktum kein Gegenstand unmittelbarer Sinnenwahrnehmung, sondern nur durch Abstraktion aus andern Thatsachen erkennbar ist [42]).

Unrichtig ist, was v. Stürzer lehrt: die Parthei könne das von ihrem Anwalt Gestandene widerrufen, wenn sie beweißt, derselbe habe gegen den Inhalt der ihm ertheilten Information etwas Unwahres gestanden.

39) „Es kann also z. B. die Mutter ihrem Kinde durch Geständniß des begangenen Ehebruchs weder an der Succession, noch in anderweg schädlich seyn." Kreittmayr Anm. lit. m.

40) Martin im Magazin für Prozeß. Heft 2. S. 231. Brakkenhöft a. a. O. S. 283 Note 31. Bei untheilbaren Sachen kann der Widerspruch der andern auch dem Geständigen nützen. Martin a. a. O. S. 193.

41) Es fehlt hier am animus confitendi.

42) So kann, wenn der Anwalt gelegenheitlich anführt, sein Vollmachtgeber sey geistesschwach, solches nicht benützt werden, um dadurch die Unfähigkeit desselben zur Eidesleistung nachzuweisen. Bl. f. RA. Bd. II S 156.]

Beschränkungen der zu den Akten gegebenen Vollmacht durch eine nicht mitgetheilte Information sind nicht geeignet, eine solche Wirkung zu äussern [43]). — Jedoch kann ein solches Verschulden des Anwalts, nach erfolgloser Ausklagung desselben, zufolge der Vorschrift im Kap. VII §. 10 zur Begründung eines Restitutionsgesuches dienlich seyn.

Inwiefern Minderjährige, Stiftungen und andere Pflegbefohlne die Geständnisse ihrer Vertreter im Wege der Restitution unschädlich machen können, ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen.

Solange übrigens die für die betreffende Prozeßhandlung vorgesteckte peremtorische Frist noch nicht abgelaufen ist und der Gegner noch nicht geantwortet hat, kann jedes gerichtliche Geständniß ohne Bedenken noch widerrufen werden. Nachher findet die Zurücknahme eines rechtsgültig abgelegten Geständnisses nur mittels eines Restitutionsgesuches statt, und steht unter den für dieses Rechtsmittel geltenden Gesetzesvorschriften [44]).

IX.

Von dem Geständnisse, als prozeßualischem Beweisgrunde, ist die civilrechtlich wirksame Anerkennung des Bestehens von Rechtsverhältnissen zu unterscheiden [45]), sowohl die durch Consens der Betheiligten zu Stande gekommene vertragsmässige Anerkennung, als auch das einseitige Anerkenntniß, insofern es in gewissen Fällen, nach besondern Gesetzesvorschriften [46]), die

43) S. Komm. Bd. II S. 293—4.

44) Die gemeinrechtliche Vorschrift, nach welcher das von einem Advokaten abgelegte Geständniß innerhalb 3 Tagen von dem Clienten zurückgenommen werden kann, ist von der Gerichtsordnung nicht adoptirt worden.

45) Vgl. hierüber Dollmann in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 113 f, S. 129 f.

46) Im Allgemeinen wird durch ein einseitiges Anerkenntniß keine Rechtsbegründung gewirkt. Dollmann a a. O. S. 129.

Begründung resp. Aufhebung von Rechten bewirken kann [47]). — Eine civilrechtlich wirksame Anerkennung kann auch Gegenstand einer Beweisauflage seyn, was bei demjenigen Geständnisse, welchem nur die Wirkung eines Beweisgrundes zukommt, nicht der Fall ist [48]).

Ebenso wenig liegen in der Sphäre des aussergerichtlichen Geständnisses die faktischen dem Besitze analogen Zustände, in welchen sich die Anerkennung und Bethätigung eines Rechtsverhältnisses unter den Betheiligten darstellt, und welchen die Wirkung zukommt, daß in Prozessen über den rechtlichen Ursprung des faktischen Zustandes der faktisch Anerkannte Freiheit von der Beweislast genießt [49]).

§. 2.

Von Praesumtionibus [1]).

Die Beweisführung ist entweder geradezu auf den Inhalt des Beweissatzes gerichtet, wie bei Zeugen, welche

47) Hieher gehört z. B. die Anerkennung eines rescissiblen letzten Willens. Dollmann a. a. O. S. 132 f.

48) Z. B. bei Ansprüchen aus dem ausserehlichen Beischlafe kann eine einseitige d. h. nicht vertragsmäßig erklärte Anerkennung der Vaterschaft zwar zum Beweisgrunde, nicht aber zum Klagegrunde dienen, daher nicht Gegenstand einer Beweisauflage seyn. Dollmann a. a. O. S. 130 Note 17. — Wird klägerischer Seits behauptet, daß mit dem Beklagten über die fragliche Anerkennung ein Vertrag geschlossen worden, so liegt darin allerdings ein besonderer Klagegrund, worüber im Leugnungsfalle eine besondere Beweisauflage stattfindet.

49) Vgl. in Bezug auf Nachweisung der Verwandtschaft — Kreittmayer Anmerk. zum cod. civ. Th. I Kap. 4 §. 9 Nr. 7; Bl. f. RA. Bd. V S. 260 ff.

1) Martin Lehrbuch §. 131, 133; Bayer Vorträge zu die-

den zu beweisenden Thatumstand selbst gesehen oder gehört zu haben angeben, desgleichen bei Urkunden, in welchen die Wahrheit desselben auf beweiskräftige Weise versichert wird; — oder sie erstrebt die Bewahrheitung von Thatumständen, aus welchen sich die Wahrheit des zu Beweisenden durch Vermittlung eines Schlusses ergiebt. Die letztere Art der Beweisführung, künstliche [2]) genannt, umfaßt

a) diejenigen Fälle, wo Beweisaufgabe das juristische Ergebniß zusammenwirkender Thatsachen z. B. ein Recht, ein Besitzstand ist, die Beweisführung aber die einzelnen Thatsachen, welche zusammen jenes juristische Ergebniß hervorbringen, darzulegen hat;

b) den Vermuthungsbeweis, bei welchem die Wahrheit der Thatsache oder des Thatumstandes, deren Bewahrheitung Aufgabe des Beweises ist, aus der- oder denjenigen, welche die Beweisführung darlegt, gefolgert werden soll. Von diesem zweiten Falle der künstlichen Beweisführung ist in gegenwärtigem §en die Rede. Wo die Gesetze vorschreiben, ohne allen Beweis [3]), einen Thatumstand als wahr, ein Recht für begründet gelten zu lassen, z. B. den guten Glauben des Besitzers, und das Großzehentrecht des Pfarrers, da kann wohl von einer Vermuthung [4]), nicht aber von Vermuthungsbeweis,

sem §en; A. D. Weber von der Beweisführung ed. II S. 80 ff. und Heffter's Zusätze S. 288 — 90.

2) Die oben S. 28 vorkommende Erwähnung der künstlichen Beweisführung bezieht sich auf beide Arten lit a und b.

3) d. h. ohne die Wahrheit des Thatumstandes, auf welchen es ankommt, aus einem andern, der zu erweisen ist, abzuleiten.

4) d. h. im technischen Sinne, nicht in dem des gemeinen Sprachgebrauchs, nach welchem Vermuthung nur Wahrscheinlichkeit, nicht Gewißheit bezeichnet.

weis, noch weniger von künstlicher Beweisführung gesprochen werden [5]).

Jedem Vermuthungsbeweise liegt ein Syllogismus zu Grunde, dessen Grundform ist: die Wahrheit der Thatsache **A** bringt die der Thatsache **B** mit sich; im gegebnen Falle ist die Thatsache **A** dargethan; also ist auch die Thatsache **B** für wahr zu halten.

Vor Allem kommt es natürlich auf die Richtigkeit des Obersatzes an. In gewissen Fällen wird diese durch gesetzliche Vorschrift ausser Zweifel gestellt, d. h. es ist gesetzlich vorgeschrieben, die Wahrheit der Thatsache **B** anzunehmen, wo die Wahrheit der Thatsache **A** ausgemacht ist; hier [6]) ist eine Rechtsvermuthung (praesumtio juris) vorhanden. — In andern Fällen gilt es, die Richtigkeit des Obersatzes durch weitere Funktionen des menschlichen Denkvermögens, aus Vernunftgründen und Erfahrungssätzen darzuthun; eine solche Vermuthung, welche nur in unzuverlässigem menschlichen Wissen und Denken die Gewähr ihrer Richtigkeit hat, wird eine gemeine [7]) oder menschliche (praesumtio hominis) genannt.

5) Der Ausdruck „künstliche Beweisführung" paßt auch nicht auf diejenigen Fälle des Vermuthungsbeweises, wo schon der Beweissatz auf die Prämisse der Vermuthung gestellt, und die Beweisführung direkt auf Nachweisung dieser thatsächlichen Prämisse gerichtet ist (s. unten V); er paßt nur da, wo die Beweisführung Thatumstände zu bewahrheiten strebt, aus welchen die Wahrheit des Beweissatzes nur durch Schlußfolgerungen zu erkennen ist.

6) Wie auch da, wo die Gesetze vorschreiben, einen Thatumstand oder ein Recht ohne allen Beweis als wahr resp. begründet gelten zu lassen. S. oben Note 3.

7) In Nr. 9 des gegenwärtigen §en wird der Ausdruck „gemeine Vermuthung in einem andern Sinne, nemlich als gleichbedeutend mit „allgemeine" (generelle) gebraucht.

II.

Von der praesumtio hominis bestimmt die Gerichtsordnung:

„sie kann für sich allein niemals einen ganzen oder „halben Beweis ausmachen, oder den Beweis auf „den Gegentheil schieben, sondern höchstens nur „zum Behelfe [8]), und in so weit dienlich seyn, „daß, wo mehr dergleichen zusammenkommen, nach „Gestalt der Dinge auf das juramentum suppletorium vel purgatorium erkannt werden mag [9])."

Diese Beschränkung der Wirksamkeit menschlicher Vermuthungen findet indessen keine Anwendung, wo nicht sowohl ein Schluß von einer Thatsache auf die andre zu ziehen, als nur die besondre Beschaffenheit einer Thatsache aus einzelnen Merkmalen und Umständen zu beurtheilen ist, insbesondere wo es sich von Modalitäten des innern Willensaktes handelt, über welche eine Beweisführung aus sinnlicher Wahrnehmung nicht geschehen kann. — Hieher gehört die Vorschrift der Const. 6 de dolo malo (2, 21): „Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit [10]);" ferner die Bestimmung der Ge-

8) D. h. zur Unterstützung anderer Beweismittel, und zu Erbringung bloßer Bescheinigung; wozu auch nur eine Vermuthung, wenn sie den erforderlichen Grad von Wahrscheinlichkeit begründet, hinreichen kann. — Ist durch andere Beweismittel ein mehr als halber Beweis erbracht, so kann durch eine nicht blos entfernte Vermuthung die Vervollständigung bewirkt werden. Vgl. Kap. IX §. 1.

9) Um auf den Reinigungseid zu erkennen, kann eine einzige Vermuthung, sofern sie „einen billigen Zweifel oder Verdacht" begründet, hinreichen. Vgl. Kap. XIII §. 3 Nr. 5.

10) Vgl. Kreittmayr Anmerk. zum cod. civ. Th. IV Kap. I §. 25 Nr. 1: „Derjenige, welcher den Betrug vorschützt, muß solchen genüglich darthun, welches jedoch per praesumtiones et conjecturas geschehen kann."

richtsordnung XIX §. 19 Nr. 2, nach welcher Partikularzahlungen oder Veräusserungen von den Gläubigern auf den Fall widerrufen werden können, „wenn aus den „Umständen erhellet, daß dieselben nicht redlich, „sondern gefährlicher Weise zu ihrem Präjudiz und Schaden geschehen seyen[11].“ Auch die Erprobung des Irrthums (z. B. bei der condictio indebiti, bei dem Widerrufe eines Geständnisses) geschieht durch beweiskräftige Darlegung der Umstände, aus welchen der Irrthum entstanden ist, oder unter welchen er entdeckt wurde[12]. Ueberall, wo es richterlichem Ermessen anheimgestellt ist, das Daseyn der besondern Beschaffenheit einer Sache oder Handlung aus den Umständen zu entnehmen, ist der Richter, um das Resultat zu ziehen, an vorgängige Auflegung eines nothwendigen Eides keineswegs gebunden; — eben so wenig da, wo die Bündigkeit der Schlußfolgerung durch ein Gutachten von Sachverständigen festgestellt wird, z. B. über den aus einzelnen Thatsachen erkannten Wahnsinn einer Person.

Die nemliche Beschaffenheit, wie mit der praesumtio hominis hat es mit der s. g. praesumtio juris simplex. Dieser Ausdruck dient zur Bezeichnung derjenigen gemeinen Vermuthungen, welche in den Gesetzen zwar angeführt sind, aber ohne Vorschrift, die Richtigkeit des Obersatzes anzunehmen[13].

11) Vgl. auch oben S. 191 und Anmerk. zur GO. XI, §. 8 lit. k, wo gesagt ist, das Vorgeben, die Urkunde sey ein bloßes Blanquet gewesen, müsse „per indicia proxima et manifesta“ bewiesen werden. — S. auch bayer. LR. Th. IV Kap. 2 §. 4 Nr. 2.

12) Die bloße Nachweisung der Nichtschuld oder der Unwahrheit des Zugestandenen begründet zwar eine starke, aber für sich allein nicht hinreichende Präsumtion, daß Irrthum obgewaltet habe. Vgl. Kreittmayr zum LR. IV, 13 §. 6 Nr. 5.

13) Vgl. fr. 3 §. 1 de offic. praef. vigilum (1, 15); fr. 31 §. 21 de aedil. edicto (21, 1). A. D. Weber a. a. O. bemerkt

Die Wirksamkeit der gemeinen Vermuthungen beruht auf vollständigem [14]) Beweise der Prämissen, auf dem im gegebnen Falle wirklichen, nicht blos möglichen, Zusammenhange zwischen der Prämisse und dem zu beweisenden Faktum, auf der Bündigkeit der Folgerung von jener auf dieses, und auf dem Nichtvorhandenseyn erheblicher Gegenargumente [15]).

Waren etwa die Prämissen schon im Vorverfahren ausser Zweifel gesetzt, und sind die sich aus ihnen ergebenden Vermuthungen stark genug, um wenigstens die Annahme halben Beweises zu rechtfertigen, so kann sich die Thätigkeit des Beweispflichtigen im Beweisverfahren, unter Bezugnahme auf die in ihren Prämissen bereits richtiggestellten Vermuthungen, auf das Erbieten zum Ergänzungseide beschränken [16]).

unter Anderem: Wenn die Gesetze den gewöhnlichen Lauf der Dinge, und was gemeiniglich als Ursache und Wirkung im Zusammenhange steht, blos historisch oder enunciativ bei Gelegenheit gewisser Verfügungen anführen; wenn sie einen gewissen Umstand nicht schon an sich und allgemein als Vermuthungsgrund für die Existenz eines andern anerkannt haben, sondern nur in Beziehung auf die ihn begleitenden Nebenumstände und persönlichen Verhältnisse, von denen es erst abhängt, ob die Schlußfolge darauf gebaut werden kann, so sind dies sichere Kennzeichen, daß nur eine **praesumtio hominis** gemeint sey.

14) Bei minder vollständigem Beweise der Prämisse kann der Vermuthung adminikulirende Wirksamkeit nur in geringerem Grade beigemessen werden.

15) Martin in E. H. Weber's Paraphrase S. 399.

16) Es kann auch vorkommen, daß durch Nachweisung eines von mehrern Gliedern des Beweissatzes zugleich die Prämisse einer Vermuthung für das andre geliefert wird z. B. durch Beweis der Nichtschuld für den bei der Zahlung stattgefundenen Irrthum. Kreittmayr zum LR. IV, 13 §. 6 Nr. 5. — S. oben Note 12.

Wenn blosses Stillschweigen, Nichthandeln im Allgemeinen nicht als beweiskräftiges Geständniß zu deuten ist, so kann doch darin nach Umständen Grund zu einer adminikulirenden oder für Bescheinigung wirksamen praesumtio hominis gefunden werden. Z. B. auf einen dringenden Antrag, eine Provisionalverfügung zu erlassen, wird nahe Tagfahrt zur Verhandluug im mündlichen Verhöre anberaumt. Erscheint nun der Implorat nicht, so mag die aus diesem Sachverschleife gegen ihn sprechende Vermuthung zur Bescheinigung der Gefahr auf dem Verzuge benützt werden [17]).

III.

Wo die Bedingungen einer Rechtsvermuthung (praesumtio juris qualificata) vorhanden sind [18]),

„wird die Sache so lange für wahr geachtet, bis „das Gegentheil durch zwei unverwerfliche Zeugen, „oder sonst vollständig dargethan ist."

In der Wirksamkeit einer Rechtsvermuthung [19]) er-

17) Vgl. Komment. Bd. II S. 34 mit Bl. für RA. Bd. VII S. 353 f.

18) Vgl. oben die Note 13. — Was etwa in Kreittmayr's Anmerkungen erläuterungsweise als Rechtsvermuthung bezeichnet ist, (vgl. z. B. Anmerk. lit. e), kann natürlich darum allein nicht als solche gelten.

19) Beispiele in fr. 2 §. 1 de pactis: „si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem;" fr. 24 de probat. (22, 3): „si chirographum cancellatum fuerit. — praesumtione debitor liberatus esse videtur;" fr. 51 de donat, inter vir. et ux. (24, 1): „cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, existimari a viro — ad eam pervenisse;" fr. 12 de statu hominum (1, 5): „credendum est eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse;" Const. 3 de apòchis public. (10, 22): „si trium cohaerentium sibi annorum apochas securitatesque protulerit, superio-

scheint immer eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln der Beweislast; indem derjenige, welchem die Beweislast bezüglich eines Rechtes oder erheblichen Thatumstandes zufolge der allgemeinen Regeln obliegen würde, entweder derselben völlig überhoben ist, oder ihr durch Nachweisung eines anderen Faktums, als des nach der Regel zu beweisenden, genügen kann. Das erstere ist der Fall, wo das Gesetz geradezu vorschreibt, ohne allen Beweis einen gewissen Thatumstand für wahr oder das fragliche Recht für begründet gelten zu lassen (s. oben Note 6), oder wenn die andre Thatsache, an welche das Gesetz die Vermuthung für die Wahrheit der in Frage befindlichen knüpft, unbestritten oder doch schon im Vorverfahren ausser Zweifel gesetzt ist; das letztere, wenn der Eintritt der Rechtsvermuthung im gegebenen Falle noch davon abhängt, daß die Wahrheit der andern Thatsache, welche die Folgerung begründen soll, im Beweisverfahren dargethan wird [20]).

In Bezug auf einzelne Vermuthungen kommen die Bestimmungen der Gerichtsordnung nur insofern zur Anwendung, als nicht die zur Entscheidung des gegebenen Falles dienenden Civilrechtsgesetze eine besondere Vorschrift darüber enthalten; denn auf die jeden Orts geltenden Civilrechtsgesetze verweißt die Gerichtsordnung, indem sie von Vermuthungen spricht, welche im Gesetze selbst gegründet sind.

In der ältern Doktrin, und aus ihr in den bayeri-

rum temporum apochas non cogatur ostendere.“ Vgl. auch fr. 9 §. 1 de rebus dubiis (34, 5); Bayer. LR. Th. I, Kap. 2 §. 16 Nr. 5; Kap. 4 §. 9 Nr. 4; Kap. 7 §. 13 Nr. 3; Th. II Kap. 2 §. 10 Nr. 8; Kap. 4 §. 7 Nr. 2; Kap. 7 §. 3 Nr. 3; §. 11 Nr. 2; Th. III Kap. 3 §. 27 Nr. 6, 12; Kap. 7 §. 9; Th IV Kap. 2 §. 7 Nr. 16; Kap. 7 §. 10 Nr. 4; §. 25 Nr. 4, 5; Kap. 10 §. 4 Nr. 3; Kap. 13 §. 2 Nr. 7; Kap. 14 §. 13; Kap. 15 §. 1 Nr. 4.

20) Vgl. oben Komment. zu Kap. IX §. 1 a. E. S. 8.

schen Gesetzbüchern und Kreittmayr's Anmerkungen wird der Ausdruck „Rechtsvermuthung" sehr häufig von Bestimmungen gebraucht, welche deren Merkmale nicht an sich tragen. Es werden

1) manche spezielle Bestimmungen über Beweislast als Präsumtionen, sonach als Ausnahmen von der Regel bezeichnet, welche in der That nur Anwendungen der Regel enthalten [21]). — Z. B. Grund der Klage aus einem Rechtsverhältnisse ist dessen gültige Entstehung, nichts weiter. Daß Kläger auch dessen gegenwärtige Fortdauer besonders behaupte, ist nicht erforderlich. Was man nicht zu behaupten hat, braucht man natürlich nicht zu beweisen. Diese aus der allgemeinen Regel fliessende Nichtverbindlichkeit, die Fortdauer des Rechtsverhältnisses darzuthun, wird unrichtig [22]) aus einer angeblichen Rechtsvermuthung für die Fortdauer abgeleitet und sonach als exceptionell betrachtet [23]). — Wer seinen Gegner aus einem faktischen Zustand verdrängen will, muß ein Recht, zufolge dessen er diese Aenderung verlangen kann, behaupten und natürlich auch beweisen. Daß ihn, welcher den bestehenden Zustand verändern will, die Beweislast trifft, nicht den Gegner, welcher das Bestehende vertheidigt, ist ein als nothwendige Folge der rechtlichen Ordnung im Staate erscheinender Satz. Es ist demnach sehr verkehrt, denselben, indem man ihn aus einer angeblichen Rechtsvermuthung für die Rechtmässigkeit des Besitzstandes ableitet, als eine Ausnahme von der Regel darzustellen [24]). — Eben so unwissenschaftlich ist es, sich zur Begründung des Satzes, daß die ihrem Gegner Rechts-

21) Vgl. oben Komment. zu Kap. IX §. 1, 3.

22) A. D. Weber a. a. O. S. 94 ff.

23) S. Kreittmayr Anmerk. lit. e zu gegenwärtigem §en. Vgl. indessen oben S. 20 Note 18.

24) A. D. Weber a. a. O. S. 99.

widrigkeiten vorwerfende Parthei den Beweis darüber zu führen habe, auf die sogenannte Rechtsvermuthung „quilibet praesumitur bonus“ zu berufen [25]).

Wenn man auf der andern Seite von Thatsachen, deren Behauptung zufolge der allgemeinen Regeln die Verbindlichkeit zum Beweise nach sich zieht, den Ausdruck braucht, daß sie nicht vermuthet werden, so ist derselbe zwar nicht unrichtig, indem er nichts weiter sagt, als: es gelte hier keine Ausnahme von der Regel; aber das ist eben ungeeignet, das bloße Nichtseyn einer Ausnahme von der Regel als besonderen Rechtssatz auszusprechen. S. unten VI 1.

2) Sehr häufig sind gesetzliche Vorschriften darüber, unter welchem Gesichtspunkte gewisse juristische Handlungen und Verhältnisse im Zweifel aufzufassen seyen z. B. als Handlung unter Lebenden oder von Todeswegen, als Darleihn oder Depositum, als Kauf oder Tausch, als Cession oder Anweisung, als Zinsgut oder Emphyteuse u. s. w. [26]). Hierin sind Auslegungsregeln gegeben, nicht Rechtsvermuthungen vorgeschrieben; Grundsätze über rechtliche Beurtheilung, nicht Beweisnormen aufgestellt. Die Auslegungsregel soll nur im Zweifel gelten, sie tritt daher nicht blos vor einem vollständigen Beweise des Gegentheils, sondern überall in den Hintergrund, wo erhebliche Umstände eine andere Bedeutung des Rechtsaktes oder Zustandes als wahrscheinlicher erscheinen lassen.

25) A. D. Weber a. a. O. S. 97.

26) Vgl. Bayer. LR. Th. I Kap. 2 §. 16 Nr. 5; Kap. 6 §. 13 Nr. 11; — Th. II Kap. 7 §. 3 Nr. 3; — Th. III Kap. 2 §. 1; Kap 4 §. 9 Nr. 5; Kap. 7 §. 5 Nr. 2; — Th. IV Kap. 2 §. 7 Nr. 1; Kap. 3 §. 5 Nr. 2; Kap. 4 §. 15 Nr. 16; Kap. 7 §. 27 Nr. 3; §. 31 Nr. 10, 11; §. 33; Kap. 10 §. 3 Nr. 3; Kap. 14 §. 14; Kap. 15 §. 5 Nr. 2; §. 6 Nr. 4; §. 7 Nr. 23.

Indessen gibt es auch wahre Rechtsvermuthungen, gegen welche so nach der Natur der Sache wie nach der Fassung der sie begründenden Gesetzesvorschriften nicht blos ein vollständiger Beweis, sondern schon eine aus besondern Umständen sich im Grade subjectiver Ueberzeugung ergebende hohe Wahrscheinlichkeit des Gegentheils wirksam ist. Dies gilt nemlich da, wo das Gesetz nur eine allgemeine Vermuthung aufstellt d. h. die Wahrheit eines Thatumstandes nur unter der Voraussetzung, daß nicht Besonderheiten des einzelnen Falles entgegenstehen, anzunehmen vorschreibt (s. unten VI Nr. 1) [27]). — Daß die in Nr. 4 des gegenwärtigen §en aufgestellte Regel nicht ausschliessend gemeint sey, erhellt schon aus der Vergleichung mit der Vorschrift Nr. 9 und 10, nach welcher es bei vorhandenem Widerstreite mehrerer Präsumtionen „meistentheils auf richterliches Ermessen ankommt," und die gesetzliche Bestimmung nur da die Oberhand behält, wo die entgegenstehenden Präsumtionen keine Ueberzeugung begründen, sondern die Sache blos als zweifelhaft erscheinen lassen. Es geht jedoch nicht an, die Annahme des Gegentheils auf solche Umstände zu begründen, von welchen gewiß ist, daß der Urheber der gesetzlichen Vorschrift sie vor Augen gehabt, aber nicht berücksichtigt hat. Daß Kinder, welche nach nur 6monatlicher Schwangerschaft zur Welt kommen, die Merkmale der Reife eines 9 Monate getragenen nicht haben, konnte dem Urheber des Ausspruchs „septimo mense nasci perfectum partum" nicht unbekannt gewesen seyn; demungeachtet ist die auf diesem Ausspruch fussende Rechtsvermuthung (gemeinrechtlich) ganz allgemein d. h. ohne Rücksicht auf etwaige Reife oder Unreife des Kindes,

27) Vgl. Bayer. LR. Th. II Kap. 2 §. 10 Nr. 8; Kap. 4 §. 7 Nr. 2 („Bona Fides wird im Zweifel allezeit präsumirt") und Kreittmayr's Anmerk. zu diesen Stellen. Hieher gehören auch die Fälle des fr. 2 §. 1 de pactis, des fr. 24 de probat. und der const. 3 de apochis. S. oben Note 19.

zur Richtschnur gemacht [28]). Deßwegen geht es nicht an, die Anwendung der gesetzlichen Vermuthung im gegebnen Falle, wegen des Umstandes auszuschließen, daß ein im 7ten Monate nach dem erwiesenen Beischlaf geborenes Kind die Kennzeichen eines völlig ausgetragnen hat. Das richterliche Ermessen darf nicht soweit gehen, die Richtigkeit der Prämissen des gesetzlichen Ausspruchs zu beanstanden [29]).

Die Frage, ob dem zur Entkräftung der Vermuthung unternommenen Gegenbeweis ein weiterer Gegenbeweis (reprobatio reprobationis) entgegengesetzt werden könne, muß nach dem oben zu Kap. IX §. 12 Vorgetragnen bejaht werden [30]).

IV.

(Praesumtio) violenta erfordert zum Beweise des „Gegentheils evidentiam facti, mithin mehr als den „gewöhnlichen Beweis; — und endlich läßt praesumtio „juris et de jure den Beweis des Gegentheils nicht „mehr zu."

Zur Entkräftung der Rechtsvermuthung genügt es in der Regel, die zufolge dieser anzunehmende Gewißheit der fraglichen Thatsache durch den Gegenbeweis wieder aufzuheben, die Thatsache als ungewiß, unerwiesen erscheinen zu lassen. Zur Entkräftung der praesumtio violenta wird aber erfordert, daß die Thatsache, für deren Wahrheit die Vermuthung streitet, als unmöglich dargestellt werde. Die vom 7ten Monat der Ehe an in derselben geborenen Kinder haben die Vermuthung der Legitimität für sich. Wird bewiesen, daß die

28) In Ansehung des Bayer. Rechtes vgl. LR. Th. I Kap. 3 §. 2 Nr. 10.

29) Martin Lehrbuch §. 133 a. E. — Vgl. Seuffert rechtswissenschaftl. Abhandl. Nr. V.

30) Hefftter zu Weber a. a. O. S. 289.

Ehefrau zur kritischen Zeit den Beischlaf mit einem andern Mann, als ihrem Ehegatten, gepflogen, so ist hierdurch die legitime Zeugung des Kindes als ungewiß dargestellt. Dies reicht aber zur Entkräftung der gedachten Rechtsvermuthung nicht hin; zur Beseitigung derselben muß bewiesen werden, daß in dem ganzen Umfange der kritischen Zeit ein Beischlaf unter den Ehegatten nicht stattgefunden habe resp. nicht habe stattfinden können [31]).

Ein Beispiel der praesumtio juris et de jure findet sich in der Vorschrift des §. 19 der Prozeßnovelle von 1837: „Jeder nicht besonders und bestimmt „widersprochne Thatumstand wird für zugestanden angenommen." Wenn sich gleich der Beklagte feierlichst verwahrt hat, kein Geständniß der „nicht besonders und bestimmt widersprochnen Thatumstände" zu beabsichtigen, so äussert die gesetzliche Rechtsvermuthung (oder vielmehr Fiktion) [32]) dennoch ihre Wirkung.

V.

„In so ferne die Präsumtion etwa auf einem facto „beruht, so muß dieses nicht nur bei Zeiten, wie jede „andere Rechtsnothdurft allegirt, sondern auch hinlänglich bewiesen werden, da hingegen die nur in jure allein gegründeten Muthmassungen weder einer Allegation, noch Probe bedürfen, sondern allenfalls von dem „Richter selbst ex officio supplirt werden müssen."

Wie der Vermuthungsbeweis auf Thatsachen beruhe, ist oben in der Abth. I gezeigt worden.

31) Vgl. Kreittmayr Anmerk. lit. f mit fr. 6 de his, qui sui vel alieni juris (1, 6) und Bayer. LR. Th. I Kap. 4 §. 9 Nr. 2.

32) Dieser Ausdruck paßt hier nach der Natur der Sache, und beruht keineswegs, wie Kreittmayr in der Anmerk. lit. a meint, auf „einer römischen Rechtsgrille." Vgl. Martin a. a. O. §. 133.

Die Vorschrift, das der Vermuthung zu Grunde liegende Faktum „wie jede andre Rechtsnothdurft," d. h. schon im Vorverfahren, in der Klage, Vernehmlassung u. s. w. zu allegiren, ist nur von Rechtsvermuthungen zu verstehen[33]); wer eine solche für sich geltend machen will, muß die konkrete Thatsache, aus welcher das Gesetz die Wahrheit der zur Begründung einer Klage oder Einrede dienenden Behauptung folgert, schon im Vorverfahren beim Vortrage dieser Behauptung anführen, wo sodann auch der Beweissatz auf die Prämisse der Rechtsvermuthung, nicht auf das daraus zu Folgernde zu stellen ist[34]). Z. B. Grund der Alimentenklage gegen den ausserehlichen Vater ist die Vaterschaft; diese wird vermuthet, wenn der Beklagte in der kritischen Zeit den Beischlaf mit der Mutter des Kindes vollzogen hat. Nun genügt es nicht, in der Klage die Vaterschaft des Beklagten zu behaupten; es muß auch die Thatsache des Beischlafs zur kritischen Zeit angeführt werden. Kommt es zu einem Beweiserkenntnisse, so wird nicht der Beweis der Vaterschaft, sondern der des Beischlafs zur kritischen Zeit aufgelegt[35]).

33) Dies ergiebt sich aus der Fassung der Gesetzstelle in Vergleichung mit Kreittmayr's Anmerk. lit. h; auch die Natur der Sache fordert diese Beschränkung.

34) S. oben Kap. IX §. 1 S. 8.

35) Nicht selten kommen in der Praxis fehlerhafte Interlokute vor, in welchen geradezu die Vaterschaft zum Beweise ausgesetzt wird. Dieser Beweisauflage kann aber unbedenklich durch Nachweisung der die gesetzliche Vermuthung begründenden Thatsache, d. h. des Beischlafs zur kritischen Zeit — genügt werden. Wenn v. Stürzer S. 696—7 die Meinung aufstellt: „Der rechtskräftige aufgelegte Beweis werde durch eine qualifizirte Rechtsvermuthung nicht hergestellt, eine praesumtio juris qualificata könne nur suppletorium begründen, mehrere dergleichen können vollen Beweis begründen, müssen aber nicht;" — so hat er sowohl die deutliche

Anders verhält es sich aber bei dem Beweise durch gemeine Vermuthungen, z. B. wenn es sich davon handelt, die Thatsache des Beischlafs zur kritischen Zeit durch Nachweisung einer zärtlichen Korrespondenz, verdächtiger nächtlicher Zusammenkünfte u. d. g. wahrscheinlich zu machen. Die Benützung solcher zum Behelfe dienlichen Umstände für die Beweisführung ist durch Allegation im Vorverfahren nicht bedingt; sie werden auch nicht, wenn sie allegirt worden, zum Beweise ausgesetzt; die Anführung derselben braucht erst in der Beweisantretung zu geschehen [36]).

Hinsichtlich der Art der Beweisführung gilt für die Erprobung der Vermuthungsprämissen nichts Besonderes [37]); insbesondre kann darüber ein nothwendiger Eid aufgelegt [38]), nicht minder der Haupteid zugeschoben werden. Indessen ist, was den Beweis der Prämissen bei gemeinen Vermuthungen betrifft, der Gebrauch des Haupt- oder eines nothwendigen Eides unstatthaft, wenn solcher in der Hauptsache kein weiteres Resultat liefern würde, als Zuerkennung eines nothwendigen Eides über das zu beweisende Hauptfaktum [39]). Es widerstreitet der auf unmittelbare Herbeiführung des Endresultates gerichteten [40]) Bestimmung der gedachten Eide, blos als Mit-

bestimmte Gesetzesvorschrift, als die zweifellosen Ergebnisse wissenschaftlicher Erwägung und die entschiedendste Praxis gegen sich.

36) S. oben Kap. IX §. 6 S. 28.

37) Martin in Weber's Paraphrase S. 395. Auch Zuziehung von Sachverständigen kann vorkommen. S. oben II.

38) v. Stürzer Civilgerichtsverfahren S. 697.

39) Wenn z. B. die Leistung des Ergänzungseides über die Thatsache einer nächtlichen Zusammenkunft kein weiteres Resultat hätte, als die Zuerkennung des Ergänzungseides über die Thatsache des Beischlafs zu rechtfertigen.

40) GO. XIII §. 2 Nr. 10, §. 3 Nr. 7.

telglied, als Vorbereitung für andre Eidesleistungen gebraucht zu werden. Welche Wirkung gemeine Vermuthungen haben, deren Prämissen nur unvollständig bewiesen sind, wurde bereits oben (Abschn. II Note 14) bemerkt.

Was die Gerichtsordnung hinsichtlich „der in jure allein gegründeten Muthmassungen" bestimmt, ist eine Anwendung der allgemeinen Regel, nach welcher es in Bezug auf Rechtssätze des Anführens von Seite der Partheien nicht bedarf [41]). Uebrigens sind es vorzüglich die oben in Abth. III gezeichneten Pseudovermuthungen, welche der Gesetzgeber hier gemeint hat. Kreittmayr führt als Beispiele an: „daß der Testator bei gutem „Verstand gewesen, daß der Grund nicht Lehen, sondern „Allodial sey u. dgl." — Wenn im gegebnen Falle ungeachtet der ohne allen Beweis für ein behauptetes Recht oder Faktum sprechenden Vermuthung rechtskräftig auf Beweis desselben erkannt worden, so ist damit die Wirksamkeit der Vermuthung abgesprochen und kann daher durch bloße Bezugnahme auf das sie begründende Gesetz der Beweisauflage nicht genügt werden.

Wie bei der Rechtsvermuthung die Subsumtion unter das Gesetz, so ist bei gemeinen Vermuthungen der Reflexionsakt Sache des Richters. Der beweisführenden Parthei ist jedoch unbenommen und anzurathen, die Folgerungen, in denen die künstliche Beweisführung besteht, dem Gerichte zu entwickeln, und etwa die Unerheblichkeit scheinbarer Gegenargumente zu zeigen. Auf der andern Seite gehört es zur Vertheidigung des Gegners, die Wahrheit der Prämisse (etwa mit Führung eines Gegenbeweises) zu bestreiten, die Unrichtigkeit der Folgerung zu zeigen, und eigne positive Gegenargumente beizubringen [42]).

41) S. Komm. Bd. I S. 312.

42) Martin in E. H. Weber's Paraphrase S. 399—400.

VI.

Bei den Vorschriften unsrer Gerichtsordnung über die Kollision der Vermuthungen sind unter diesen auch die oben im Abschnitt III bezeichneten Pseudovermuthungen begriffen [43]). Es sollen

1) die allgemeinen den besonderen vorgehen. Zur Erläuterung bemerkt Kreittmayr: „es wird z. B. „zwar kein Debitum, Donatio, Solutio, Renunciatio „regulariter präsumirt, weil es lauter Facta sind, wel„che man in Genere et Regula niemalen zu präsumiren „pflegt. Diese Regel aber wird durch leges speciales „vielfältig restringirt, und muß daher der Exception in „casibus exceptis ausweichen." Daß diejenige Partei, welche eine gegen sie behauptete und geltendgemachte Schuld, Schenkung, Zahlung und Verzichtleistung bestreitet, mit dem Beweise des Nichtseyns dieser Verhältnisse nicht zu beschweren sey, ergiebt sich aus der allgemeinen Regel über Beweislast; es ist demnach ungeeignet, diese Rechtswahrheit als Vermuthung zu bezeichnen, und in

43) Vgl. A. D. Weber a. a. O. §. 12 S. 106: „Bei der Menge von Rechtsvermuthungen, welche nach und nach theils ganz willkührlich, theils aus unrichtiger Deutung der Gesetze angenommen wurden, konnte es wohl an Fällen, wo solche auf beiden Seiten dem Richter in den Weg treten, nicht fehlen, und die mit Präsumtionen aller Art überfüllte Rechtstheorie hatte auf der andern Seite bei der Frage: wem die Beweisführung aufzulegen sey, auch für Kollisionsfälle zu sorgen. — Wird die Sache gehörig geprüft, so dürfte es kaum der Mühe werth seyn, besondere Grundsätze darüber festzusetzen, da die ganze Lehre genau betrachtet in ihren Voraussetzungen keine Realität hat. — Alles geht darauf hinaus, daß es auch hier Ausnahmen von allgemeinen Regeln giebt und daß Vermuthungen, welche für einen gewissen Satz eintreten, so lange keine besondern Umstände das Gegentheil mit sich bringen, natürlich wegfallen müssen, sobald dergleichen besondere Umstände vorkommen."

denjenigen Fällen, für welche besondre Gesetze Ausnahmen von jener Regel vorschreiben, eine Kollision von Vermuthungen finden zu wollen.

Die richtige Bedeutung der Vorschrift, daß die allgemeine Vermuthung der besonderen weiche, zeigt sich bei denjenigen Rechtsvermuthungen, wo zwar das Gesetz die Wahrheit eines Thatumstandes ausnahmsweise d. h. abweichend von der Regel der Beweislast anzunehmen vorschreibt, jedoch nur unter der ausdrücklichen oder aus der Fassung erhellenden Voraussetzung, daß nicht Besonderheiten des einzelnen Falles entgegenstehen. Z. B. ist die Schuldurkunde zerrissen, so spricht eine allgemeine Vermuthung für die Tilgung der Schuld. Diese allgemeine Vermuthung tritt aber in den Hintergrund, wenn im einzelnen Falle besondere Umstände vorliegen, aus welchen sich das Zerrissenseyn der Urkunde als Ergebniß eines Zufalls darstellt. Ob die entgegenstehenden Umstände gewichtig genug sind, um der durch sie begründeten besonderen Vermuthung vor der gesetzlichen allgemeinen den Vorzug zu geben, darüber liegt die Entscheidung in richterlichem Ermessen. S. oben III S. 233.

2) Die stärkere soll der schwächern vorgehen. Kreittmayr äussert hierüber: „die Stärke und Schwä„che läßt sich aus denen in Codice ganz klar fürge„schriebenen Gradibus Praesumtionum leicht erkennen, „nach welchen also eine bloße praesumtio hominis einer „simplici juris, simplex qualificatae, qualificata vio„lentae, und endlich alle zusammen denen Praesumtio„nibus juris et de jure auszuweichen haben.“ Diese Erläuterung ist insofern unrichtig, als das Gesetz einen Vorzug der praesumtio juris simplex vor der praesumtio hominis nicht kennt, vielmehr beide völlig gleichstellt, so daß im einzelnen Falle darüber, welcher von ihnen mehr Gewicht beizumessen, das richterliche Ermessen entscheidet.

Eine besondre Vorschrift über den Vorzug der Rechtsvermuthung vor der gemeinen findet sich in der Schlußstelle des §en. Um diese Vorschrift mit der Regel, welche den Vorzug der besondern Vermuthung vor der allgemeinen bestimmt, in Einklang zu bringen, ist deren Anwendung auf diejenigen Fälle zu beschränken, in welchen die besonderen Umstände nicht Ueberzeugung für das Gegentheil, sondern nur Zweifelhaftigkeit der Sache bewirken; oder für welche das Gesetz seiner Fassung nach nicht der Berücksichtigung besonderer Umstände des einzelnen Falles, sondern nur direktem Beweise des Gegentheils Raum giebt. Für den Fall, wenn Eltern und Kinder in demselben Unglücksfalle um das Leben kommen, bestimmt das Gesetz, es solle angenommen werden, daß die Eltern vor den mündigen Kindern gestorben seyen. Um die Wirksamkeit dieser Vermuthung aufzuheben, genügt es nicht, besondere entgegenstehende Umstände des einzelnen Falles, z. B. Kränklichkeit auf der einen, grosse Körperkraft auf der andern Seite anzuführen; dieselbe weicht nur direktem Beweise des früheren Todes der Kinder.

3) Wenn Alles auf beiden Seiten gleich ist, soll die für den Beklagten streitende Begünstigung den Ausschlag geben.

4) Der Widerstreit gegenüberstehender Vermuthungen wird in vielen Fällen die Auflegung eines nothwendigen Eides motiviren. Hier entscheidet nun darüber, ob auf den Ergänzungs- oder Reinigungseid zu erkennen, das Ermessen des Richters nach den unten zu Kap. XIII §. 3 vorzutragenden Grundsätzen.

Daß übrigens das Ermessen des Richters keinen Spielraum habe, wo es sich von einer die Berücksichtigung entgegenstehender Umstände ausschließenden Rechtsvermuthung, von einer s. g. praesumtio violenta, oder gar von einer praesumtio juris et de jure handelt, erhellt aus den oben vorgetragenen Grundsätzen.

§. 3.

Vom Beweise durch Augenschein (und durch Sachverständige) [1]).

I.

In Bau- Gränz- Mühlen- Feldbeschädigungs- u. dgl. Prozessen kommt es häufig vor, daß der Richter sich, ohne Einsicht der Lokalitäten, keine deutliche Vorstellung vom Streitpunkte machen kann, und sonach der Augenschein — ohne Bezug auf einen zu stellenden Beweis — sich als Vorbedingung einer zweckmäßigen Prozeßleitung und richtigen Entscheidung darstellt. — Zum Beweise dient der Augenschein überall, wo es zur Entscheidung auf die sinnlich wahrnehmbare Beschaffenheit einer Sache ankommt, indem entweder gewisse Merkmale derselben unmittelbar Beweisaufgabe sind, oder aus deren Daseyn auf andere Thatsachen und Vorkommnisse geschlossen werden soll; z. B. von der Stellung der unversehrt befundenen Gränzsteine oder anderer Markzeichen auf die Linie, in welcher die Gränze zwischen zwei Grundstücken oder Bezirken läuft [2]).

1) Puchta in der Gießner Zeitschrift Bd. III S. 31—59; Mittermaier im Archiv für civ. Praxis Bd. II S. 119—40; Gönner im Handbuch II, 45; Bayer zu Martin's Lehrbuch §. 132, 134, 218 ff. — Eine unmittelbare richterliche Wahrnehmung kann auch mit andern Sinnen, als mit dem Auge, eintreten; z. B. wenn ein Baumeister sich vertragsmäßig anheischig gemacht hat, einen Abtritt geruchsfrei herzustellen, und nun über die Erfüllung dieser Verbindlichkeit Streit entsteht. Puchta a. a. O. S. 35—6.

2) Insofern Gränzsteine, Malbäume, Aichpfähle, Denkmäler zum Beweise gewisser Thatumstände dienen, können sie den Urkunden an die Seite gestellt werden, und die Herstellung solcher Beglaubigungszeichen erscheint als eine Art von Notariatsakt. Vgl. Haas die Siebnergerichte und Märkervereine in Bayern S. 23.

„Der Augenschein des streitigen Orts oder der Sache, macht den sichersten Beweis [3]), und kann nöthigenfalls nicht nur vor angefangenem Streite zum ewigen Gedächtnisse, sondern auch während des Streites, sowohl vor als nach dem Beschlusse der Sache, ja sogar noch in der Appellationsinstanz bei dem höhern Richter, wenn derselbe von der untern Instanz entweder gar noch nicht, oder wenigstens nicht gebührend vorgenommen worden ist, begehrt werden, ausgenommen, wenn bereits res judicata in Sachen vorhanden ist."

Zur Erläuterung dieser Gesetzstelle mögen folgende Bemerkungen dienen:

a) Ein Fall des richterlichen Augenscheins ist da vorhanden, wo die relevanten Eigenschaften und Merkmale der Sache vom Richter selbst sinnlich wahrgenommen werden, wenn gleich unter Leitung seiner Aufmerksamkeit durch die zugezogenen Sachverständigen. Wo die Beschaffenheit der Sache, auf welche es ankommt, nur von den Sachverständigen, nicht auch vom Richter selbst wahrnehmbar ist, wie z. B. die Lungenritzigkeit eines verkauften Pferdes, da kann wohl eine Besichtigung durch die Sachverständigen im Beiseyn einer Gerichtskommission, nicht aber ein richterlicher Augenschein vorkommen [4]).

3) Bayer (zu Martin's §. 130 und 216) bemerkt: An überzeugender Kraft geht der Augenschein allen andern Beweisen vor, welche mit ihm konkurriren können, namentlich dem Urkunden- und Zeugenbeweise; denn er verschafft dem Richter unmittelbare Gewißheit, andere Beweise nur mittelbare. Eben deshalb schließt er auch jeden Gegenbeweis aus, der nicht auf Unförmlichkeit der Augenscheinshandlung selbst, oder auf eine unvollständige und unrichtige Auffassung des Gegenstandes gerichtet ist.

4) Hieraus ergibt sich der Unterschied des Beweises durch Au-

b) Nicht blos in Rechtsstreiten bezüglich auf Immobilien kommt der Augenschein vor; eben so gut zur Konstatirung der Beschaffenheit von beweglichen Sachen z. B. derjenigen, wegen deren Beschädigung Schadensersatz verlangt wird. — Die Gerichts-Ordnung spricht hier vom Augenschein des streitigen Orts, der (streitigen) Sache; darunter sind aber auch Sachen zu verstehen, auf welche andre Rechte als das Eigenthum geltend gemacht, oder wegen deren Beschädigung etwa pekuniäre Leistungen verlangt werden.

c) Vor dem Beginne des Prozeßes nach Art eines Beweises zum ewigen Gedächtniß mag der Augenschein beantragt werden, wenn die Umstände so beschaffen sind, daß die Vertilgung der Spuren der Thathandlung oder des Ereignisses, von dessen rechtlichen Folgen es sich handelt, zu besorgen ist [5]).

d) Nicht blos auf Antrag einer Parthei, sondern auch von Amtswegen kann der Augenschein in jeder Lage des Prozeßes verfügt werden, sei es zur Feststellung der Streitpunkte, oder zur Ausmittlung der Wahrheit hinsichtlich der erheblichen Thatumstände [6]). Nicht selten zeigt

genschein mit Zuziehung von Sachverständigen, von dem Beweis durch Sachverständige. Vgl. Hellmuth CP. §. 24 Note 3.

5) Puchta a. a. O. S. 37.

6) Der Richter hat bei Beantragung eines Augenscheins von Seite einer Parthei überall zu prüfen, ob derselbe nach Lage der Sache ein erhebliches Resultat liefern könne oder nicht. Wenn z. B. der Beweispflicht nur durch kopulative Nachweisung mehrerer Thatsachen genügt werden könnte, der beantragte Augenschein aber nur über eine derselben Beweis machen kann, so würde, wenn es an einer rechtzeitigen brauchbaren Beweisantretung über die andre fehlte, die Vornahme des Augenscheins keinen Erfolg haben, und ist darum dem deßfallsigen Antrage nicht zu entsprechen.

es sich als zweckgemäß, die Augenscheins-Einnahme schon in dem die Klage mittheilenden Dekrete zu verfügen, und so der Pflegung der Güte wie der Vernehmlassung des Beklagten vorhergehen zu lassen; z. B. bei Gränzirrungen, Beschädigungen durch Fahren, Ackern — bei Streiten über ländliche Dienstbarkeiten [7]). — In andern Fällen zeigt die Vernehmlassung des Beklagten das Bedürfniß, zur Gewinnung einer bestimmten Grundlage für die weitere Verhandlung sofort zum Augenschein zu schreiten; oder es ergiebt die Sachlage nach dem Schlusse des Vorverfahrens, daß zur gehörigen Vorbereitung des ersten Erkenntnisses die Beaugenscheinigung des Gegenstandes, auf welchen sich der Streit bezieht, erforderlich sey. Läßt sich erwarten, daß durch richterlichen Augenschein die Wahrheit hinsichtlich faktischer Streitpunkte ausser Zweifel gestellt und hiedurch das Interlokut überflüssig gemacht werde, so ist dieß Grundes genug, den Augenschein zu verfügen [8]). — Ist auf Beweis erkannt worden, so kann der Beweispflichtige den Augenschein wie jedes andre Beweismittel in Vorschlag bringen. Versäumung der Beweisfrist hindert aber nicht, ihn zu begehren [9]); der Augenschein kann

7) Puchta a. a. O. S. 38. ff.

8) Der Augenschein gehört auch zu den Mitteln, schleunigen Beweis zu führen. v. Stürzer Civilgerichtsverf. S. 700.

9) Die Vorschrift der GO. XII §. 3. a. Eing. ist durch die Bestimmung des §. 12 der Novelle von 1819, nach welcher der Beweisführer innerhalb der Beweisfrist alle seine Beweismittel zu benennen hat, nicht abgeändert worden. Gönner im Komment. S. 171; v. Stürzer Civilgerichtsverf. S. 699; v. Wendt Civilproz. §. 125; Samhaber Rechtsweg §. 92; Entwurf der Proz. Ordn. von 1825 §. 429; Entwurf von 1827 §. 236. — Diese unbestrittene Restriktiv-Auslegung der Nov. von 1819 hat nun eine Bekräftigung durch den §. 41 der Nov. von 1837 insofern erhalten, als hier nur die eventuelle Eideszuschiebung und das Erbieten zum Erfüllungseide, nicht auch die Beantragung des Augen-

unbedenklich erst im Laufe oder am Schlusse des Beweisverfahrens beantragt resp. amtlich verfügt werden, z. B. wenn sich erst aus den Verhandlungen dieses Stadiums ergab, daß sich der Streitgegenstand und dessen Beschaffenheit aus den beigebrachten Rissen und Zeichnungen nicht genügend abnehmen lasse. — Nicht blos auf Begehren einer Parthei, sondern nicht minder von Amtswegen, zu seinem bessern Unterrichte in der Sache, kann auch der Oberrichter die Vornahme eines Augenscheins, oder die Wiederholung eines mangelhaft vorgenommenen anordnen. — Giebt eine Parthei vor, daß bei dem bereits vorgenommenen Augenscheine ein Irrthum oder andere Fehler vorgegangen, so steht es in richterlichem Ermessen, die beantragte Wiederholung statt finden zu lassen [10]). Wenn die Gerichts-Ordnung bestimmt, daß die Wiederholung nur einmal, nicht öfter zu bewilligen sey, so steht dies einer von Amtswegen für nöthig erachteten weiteren Wiederholung, und eben so wenig dann im Wege, wenn neu eingetretne Umstände den Antrag auf eine zweite oder dritte Wiederholung begründen.

c) Nach rechtskräftiger Entscheidung der Sache soll der Augenschein „anders nicht, als ex capite restitutio„nis in integrum, soweit der Fall sich dazu qualificirt, „mehr Platz greifen.“ Diese Beschränkung kann aber nicht gelten, wenn es sich von dem Vollzug eines nach langjähriger Prozeßführung ergangenen Urtheils handelt, oder wenn aus einem rechtskräftigen Erkenntnisse, etwa nach einer Reihe von Jahren, neuerdings Klage erhoben wird,

scheins an die Beweisfrist gebunden werden. — Wenn übrigens Stürzer a. a. O. und Hellmuth Lauf des Civilproc. §. 20 im Falle gänzlicher Versäumung der Beweisfrist die Befugniß des Probanten, auf Augenschein anzutragen, verloren seyn lassen, so kann dafür im Gesetze kein Haltpunkt gefunden werden.

10) GO. XII §. 3. nr. 6.

und der Inhalt desselben, so wie das, was vollzogen werden soll, ohne neuerliche Einsicht der Lokalitäten nicht oder nicht gehörig aufgefaßt werden kann.

Betreffend die Vornahme des Augenscheins, enthält die Gerichts-Ordnung folgende Bestimmungen:

1) „Den streitenden Theilen soll vor dem Augen-„scheine auferlegt werden, daß sie beide miteinander, oder „jeder besonders über den streitigen Ort wenigstens einen „Handriß verfassen und bei Gericht übergeben sollen, da-„mit derselbe sodann bei dem Augenscheine selbst dem „Orte entgegengehalten, dessen Zuverlässigkeit geprüft, „und der etwa gefundene Unterschied in dem Augenscheins-„protokolle vorgemerkt werde."

Ob die streitenden Theile eine gemeinschaftlich entworfene, oder jeder eine besondere Zeichnung übergeben, hängt von dem Zustandekommen oder Fehlschlagen einer Vereinigung über die Abfassung ab. Hat der eine Theil eine Zeichnung beigebracht, der andre nicht, so wird darum der Augenschein nicht verschoben.

2) „Soll man alle interessirten Theile ordentlich und „zeitlich dazu citiren; denn ein einseitiger Augenschein be-„weiset nichts, und muß allenfalls wiederholt werden, aus-„genommen, wenn die citirten Theile selbst ungehorsam „ausgeblieben sind."

Ausser den streitenden Theilen werden z. B. bei Gränzstreitigkeiten auch (muthmaßlich betheiligte) Nachbarn von dem vorzunehmenden Augenschein in Kenntniß gesetzt, um bei dem Akte, zur Ertheilung von Aufklärungen und Wahrung ihres etwaigen Interesse zu erscheinen.

Das Wegbleiben beider oder einer der (gehörig geladenen) Partheien von der Augenscheinstagfahrt steht der

Vornahme des Augenscheins nicht im Wege, sofern es nur an gehöriger Bezeichnung des Streitgegenstandes resp. der Merkmale oder Punkte, worauf es ankommt, nicht fehlt [11]).

Hat das Ausbleiben einer Parthei zur Folge gehabt, daß der Augenschein nicht auf den rechten Gegenstand gerichtet wurde, so kann freilich sein Ergebniß der Entscheidung nicht zu Grunde gelegt, und es muß dem Antrag auf Wiederholung stattgegeben, oder diese auch von Amtswegen beschlossen werden. Im Uebrigen kann die weggebliebene Parthei Irrthümer in der Auffassung und Beschreibung des streitigen Orts, welche sie selbst durch Unterlassung ihrer Beiwirkung verschuldet hat, zu späterer Anfechtung der Wirksamkeit des Aktes nicht benützen [12]).

Von den erschienenen Partheien resp. Anwälten werden so im Beginne wie im Laufe des Aktes diejenigen Aufklärungen gegeben, und etwaigen Erinnerungen gemacht, welche geeignet sind, eine erschöpfende Erreichung der Zwecke des Geschäftes zu vermitteln.

3) „Wenn die Sache so beschaffen ist, daß es auf die „gutachtliche Meinung Kunst- und Handwerksverständiger „Leute, zu Latein: peritorum in arte ankommt, so soll der „Richter a) dergleichen unpartheiische Personen, und zwar „in wichtigeren Sachen allezeit zwei, in kleineren aber, „oder wo nicht mehrere gelegenheitlich zu haben sind, wenigstens einen zum Augenschein mit beiziehen; b) denselben „oder dieselben in Gegenwart der Partheien vor allem beeidigen, oder wenn sie etwa schon generaliter zu dergleichen Sachen verpflichtet sind, ihrer Pflicht dahin erinnern, daß sie bei dem Augenscheine alles genau betrachten, und soviel sie hievon verstehen, und in Erfahrung bringen werden, ihrem besten Wissen und Gewissen

11) Vgl. Puchta a. a. O. S. 44 f.

12) Vgl. v. Stürzer a. a. O. S. 700 Nr. 1, b.

„nach getreulich sagen, und eröffnen wollen; wie denn „dieselben auch c) nach der Beaugenscheinigung mit ih„rem Gutachten schriftlich oder mündlich ad protocollum „zu vernehmen sind, und d) im Falle sie etwa in ihren „Meinungen nicht zusammen kommen, die Sache eines „unpartheiischen Dritten gutachtlichem Ausschlag überlas„sen, oder von beiden differenten Meinungen derjenigen „Beifall gegeben werden soll, welche mit hinlänglichen „und schlüssigen Ursachen dem Richter am begreiflichsten „dargelegt worden ist."

Ob zu einem Augenscheine Sachverständige zuzuziehen sind, hängt nicht von Anträgen der streitenden Theile ab; der Richter hat von Amtswegen zu erwägen und zu bestimmen, ob die Beschaffenheit der Sache eine solche Beihülfe erfordre.

Nach der Vorschrift der Gerichtsordnung ist es Sache des Richters, die Personen der beizuziehenden Sachverständigen auszuwählen. v. Stürzer[13]) äußert:

„In praxi schlägt jede Parthei einen vor, der „Richter nennt noch einen dritten dazu."

Aber daß für diese Abweichung vom Gesetze eine allgemeine Praxis bestehe, läßt sich nicht behaupten; noch weniger, daß die Gesetzesvorschrift dadurch entkräftet sey. Wohl aber ist es dem Richter unbenommen, nach Gutbefinden die Ernennung dem Vorschlag der Partheien, mit oder ohne Beifügung eines Dritten, anheimzustellen; und in solchen Fällen, wo ein Augenschein mit Beiziehung von Sachverständigen — in der Beweisantretung zur Führung eines aufgelegten Beweises beantragt wird, liegt es in der Natur der Sache, daß der Beweisführer auch die Sachverständigen benenne, deren er sich, als Beweismittels, bedienen will. Näheres hierüber unten in Abschnitt II dieses Sen.

13) a. a. O. S. 702.

Unter wichtigeren Sachen sind jetzt zufolge §§. 14, 15 der Prozeßnovelle von 1837 alle Streitigkeiten zu begreifen, deren Betrag nicht unter fünfzig Gulden steht.

Die Gesetzesworte „allezeit zwei" sagen nichts weiter, als daß in wichtigeren Sachen die Beiziehung eines Sachverständigen nicht genüge, sofern nur nach Gelegenheit des Orts resp. des Bezirks (gelegenheitlich) mehr als einer zu haben ist. Dadurch ist es nicht ausgeschlossen, bei Gegenständen von besonderer Wichtigkeit und Schwierigkeit mehr als zwei beizuziehen, resp. jeder der Partheien anheimzustellen, mehr als einen zu benennen [14]). Einem Uebermaße ist natürlich nicht stattzugeben.

Unpartheiische Personen sollen zu Sachverständigen erwählt werden [15]). Untüchtigkeit zur Zeugschaft begründet auch Verwerfung des Sachverständigen; Exceptionsmässigkeit rechtfertigt die Verbittung [16]).

Sind für besondre Gegenstände gewisse Personen oder Behörden als Sachverständige schon im Allgemeinen

14) Mitunter sind Sachverständige verschiedner Art beizuziehen z. B. bei Schätzungen großer Etablissements, in welchen landwirthschaftliche und technologische Gegenstände vereinigt sind.

15) Gieng die Ernennung der Sachverständigen vom Richter aus, so sind die Bedenken, durch welche man die Verwerfung eines Ernannten bewirken will, so zeitig vorzutragen, daß noch vor der Augenscheinstagfahrt eine Abänderung, oder doch die Verlegung der Tagfahrt verfügt werden kann. Einreden gegen den Vorschlag des Gegners sind in der nächsten Erklärung oder, wenn eine solche nicht mehr abgefordert wird, so zeitig, wie bei der richterlichen Ernennung, vorzutragen.

16) Andre Zeugen sind meistens nicht zu haben, wohl aber andre Sachverständige. — Wurde ein exceptionsmässiger mit Vorbehalt der Einreden zugelassen, so kann sich durch diese des Gutachtens Beweiskraft mindern.

bestellt z. B. für Medicinalsachen, für Gränz [17])- und Baustreitigkeiten, so ist der Richter an diese gebunden. — Ausserdem sind die Sachverständigen aus denjenigen Personen zu wählen, deren Sachkunde in dem fraglichen Betreffe zufolge ihres Berufes oder besondrer z. B. schriftstellerischer oder technischer Leistungen, oder früherer Verwendung zu gleichem Geschäfte u. d. gl. notorisch ist. So wie die Zulässigkeit resp. Glaubwürdigkeit eines Zeugen wegen Mangels des Sinnes, welcher zur fraglichen Wahrnehmung erforderlich war, beanstandet werden kann, eben so die Verwendung einer Person zum Geschäfte eines Sachverständigen wegen Mangels der Sachkunde.

Hinsichtlich der Beeidigung der Sachverständigen bestimmt der §. 48 der Prozeßnovelle von 1837: „Jeder (von einem Zeugen oder) von einem Sachverständigen abzuschwörende Eid soll erst nach vorheriger dem Verhältnisse angemessener Anrede des Richters (Cod. jud. cap. X §. 14 Nr. 1) und Ablesung der betreffenden Stellen des Strafgesetzbuchs abgelegt werden. In eben dieser Art ist hinsichtlich der Versicherung an Eidesstatt zu verfahren [18])."

17) S. die oben Note 2 angef. Schrift von Haas. — Vgl. Kreittmayr Anmerk. zum Landrecht Th. II Kap. 2 §. 13 Nr. 5—7; Vdng. vom 12. Feb. 1808 (Regb. S. 533), durch welche J. S. Klüber's Entwurf einer Instruction für verpflichtete Landschieder, Steiner, Steinsetzer oder Feldgeschworne — als vortheilhaft anerkannt und zur Benützung empfohlen wurde; — Gemeinde-Edikt von 24 Sept. 1808 §. 75. (Regb. S. 2450); Gesetz vom 1. Juli 1834 die Revision der Vdng. vom 17. Mai 1818, die Verf. und Verw. der Gemeinden betr. §. 23. Abs. 5 (Ges. Bl. von 1834 S. 130); Rescr. des Minist. des Innern vom 11. Aug. 1834. (Döllinger V. S. Bd. XI S. 248.)

18) Nemlich in Streitigkeiten von einem Betrage unter fünfzig Gulden. Die Versicherung an Eidesstatt genügt nicht, wenn nur ein einziger Sachverständiger zugezogen wurde. Vgl. §§. 14, 15 der Prozeßnovelle von 1837.

Was die Beaugenscheinigung selbst betrifft, so hat der Richter von den Streitpunkten den Sachverständigen soweit Kenntniß zu geben, daß sie wissen, worauf sie ihr Augenmerk zu richten, welche thatsächliche Momente sie aufzufassen haben, um den Befund aktenmässig zu machen und ihr Gutachten darauf zu gründen. Es geht aber bei dem richterlichen Augenschein nicht an, den Sachverständigen die Besichtigung ganz zu überlassen [19]); vielmehr hat der Richter überall mit eignen Augen zu sehen, sich von den Sachverständigen auf ihre technischen Wahrnehmungen aufmerksam machen zu lassen, und darüber zu wachen, daß kein relevantes Merkmal von denselben übersehen oder zu flüchtig behandelt werde.

Ueber die durch den Augenschein gemachten Wahrnehmungen sind die Sachverständigen, wenn noch Zeit übrig, unmittelbar nach Vornahme desselben zu Protokoll zu vernehmen; und damit kann auch bei einfachen Gegenständen, wo das technische Urtheil gleichsam ein sich von selbst darbietendes Ergebniß der Besichtigung ist, sofort das Gutachten verbunden werden [20]). „Anders „verhält sich die Sache da, wo der Schluß aus den sinn„lich wahrgenommenen Merkmalen Gegenstand der Re„flexion, also einer forgfältigeren Vergleichung der wahr„genommenen Erscheinungen mit allgemeinen Wahrheiten

19) Man wird jedoch, bemerkt Puchta a. a. O. S. 36, dem Richter nicht zumuthen, daß er bei der Untersuchung der innern Beschaffenheit eines Schornsteins selbst mit durchkrieche, das mangelhafte Dach des Thurms mit besteige. Doch muß er sich überzeugen, daß die Sachverständigen es gethan haben, also wenigstens von dem passenden Orte aus zusehen.

20) Puchta a. a. O. führt als Beispiele an: „Ob der Müller seinen Spundbaum gegen die Norm des Aich- oder Sicherpfahls erhöht, ob der abgehauene Baum dieß- oder jenseits der Gränze steht, die Wiese wirklich abgehütet, das Brod mit Sand vermischt ist u. d. gl., wird sich sofort bei der Besichtigung ergeben."

„ist, das Resultat der Besichtigung also erst durch eine „mehr oder minder schwierige Untersuchung herausgebracht „werden kann [21]).“ In Fällen solcher Art ist den Sachverständigen die Einreichung eines schriftlichen Gutachtens aufzugeben [22]), oder zur protokollarischen Abgabe weitere Tagfahrt anzuberaumen. So bei der schriftlichen wie bei der mündlichen Begutachtung ist es Sache des Richters, nach Anträgen der Partheien oder von Amtswegen durch geeignete Fragestellung dafür thätig zu seyn, daß der richtige Gesichtspunkt festgehalten, der Gegenstand nach allen erheblichen Merkmalen erschöpft und die gehörige Motivirung nicht versäumt werde [23]). Auch zur Hebung von Dunkelheiten und Widersprüchen kann die Prozeßleitung des Richters auf gleiche Weise sich bethätigen.

Die Frage, ob den Partheien wie ihren Anwälten gestattet sey, bei der Vernehmung der Sachverständigen gegenwärtig zu seyn, ist im Allgemeinen verneinend zu beantworten [24]). Der §. 46 der Prozeßnovelle von 1837 gestattet deren Gegenwart nur bei Zeugenvernehmungen; wäre Gleiches für die Vernehmung von Sachverständigen beabsichtigt worden, so würden diese, wie bei den Bestimmungen der §§. 48, 49, neben den Zeugen

21) Z. B. Wenn das Resultat einer Leichenöffnung kunstmäßig angegeben werden soll, ferner wenn die Beschaffenheit einer für mangelhaft angegebnen Maschine, der Zustand einer angeblich devastirten Waldung, die Mängel eines geführten Baues, Gegenstand der Untersuchung und Begutachtung sind. Puchta a. a. O. S. 49—50.

22) Die Abforderung eines schriftlichen Gutachtens pflegt bei Sachverständigen von wissenschaftlicher oder wahrer Kunstbildung stattzufinden, zumal wenn sie ein öffentliches Amt begleiten.

23) In Ansehung der Frage: ob die s. g. Siebner, Märker, Steinsetzer — gehalten seien, ihren Ausspruch zu motiviren, und dadurch dem Richter ihre Geheimkunde zu offenbaren, ist jeden Orts Uebung zu befolgen.

24) Bl. f. RA. Bd. VI S. 60.

genannt worden seyn. Da indessen die Sachverständigen, hinsichtlich ihrer Aussagen über die durch den Augenschein gemachten Wahrnehmungen, gewissermassen die Eigenschaft von Zeugen haben, so läßt sich bei diesem Theile der Vernehmung die Zulassung der Gegenwart von Partheien und Anwälten, überhaupt die Anwendung des §. 46 wohl rechtfertigen.

Sind die vernommenen Sachverständigen verschiedener Meinung, so hat der Richter die beiderseitigen Gutachten einer Prüfung, soweit eine solche aus einem von der besondern Sachkunde absehenden Standpunkte stattfinden kann, zu unterstellen. Ob in dem vorliegenden Gutachten die faktischen Prämissen in Erwägung gezogen wurden oder nicht, ob etwa die zu beurtheilenden Thatsachen unvollständig oder minder richtig vorausgesetzt sind, ob nicht gegen die allgemeinen Denk- und Schlußregeln gefehlt worden, ob der Sachverständige klar gedacht hat? — über Prüfungsmomente solcher Art kann der Richter zu einem festen Resultate gelangen, ohne sich selbst die Funktion eines Sachkundigen anzumassen. Ist das eine Gutachten offenbar ungenau, oberflächlich, unlogisch, das andre hingegen erschöpfend, gründlich, einleuchtend, so kann der Richter ohne weiteres das letztere seinem Urtheil zu Grunde legen. Auch wo der Unterschied nicht so grell ist, darf der Richter selbst den Ausschlag geben, sofern ihm nur das eine Gutachten zu voller Ueberzeugung gereicht hat. Ist dies nicht der Fall, erscheint die Sache dem Richter bei sorgfältiger Abwägung der Gründe für und wider noch als zweifelhaft, so hat er sie „eines unpartheiischen Dritten gutachtlichem Ausschlag zu überlassen." — Daß der Richter selbst den Ausschlag gebe, ist auch da nicht zulässig, wo mehr als zwei Sachverständige vernommen wurden, und diejenige Meinung, welche dem Richter als die richtige erscheint, nur die Minderheit der Stimmen für sich hat. In solchem Falle hat er sich an den Ausspruch der Mehrheit zu hal-

ten [25]), oder, bei augenfälligem Uebergewichte der für die Meinung der Minderheit sprechenden Gründe, die Zuziehung noch andrer Sachverständiger zu verfügen [26]).

4) „In Sachen, wo nebst dem Augenscheine auch „ein ordentlicher Beweis durch Zeugen geführt wird, soll „man dieselben ad locum führen, und ihnen zwar vor „dem Augenschein die Erinnerung machen, was sie haupt„sächlich dabei zu betrachten haben, mit der wirklichen „Beeidigung, und dem Verhöre selbst aber erst nach dem „Augenscheine, und zwar noch an demselben, oder wenn „die Zeugen nicht mehr nüchtern sind, am folgenden „Tage frühzeitig verfahren, und dabei alles, was oben „cap. 10 von dem Zeugenverhöre verordnet wurde, ge„nau beobachten."

Diese Vorschrift bezieht sich natürlich nur auf solche Fälle, wo die Zeugen über Vorfälle an dem zu besichtigenden Orte, über Thatsachen, die mit dem Augenschein in Zusammenhang stehen, zu vernehmen sind.

Unter dem „nicht mehr nüchtern seyn" ist ein Zustand zu verstehen, welcher die Fähigkeit, der Aufgabe eines Zeugen zu genügen, bezweifeln läßt.

5) „Den Partheien steht frei, ob sie sich nach ge„schlossenem Augenscheine über das, was sich aus dem„selben ergeben hat, durch mündlichen Recess ad pro„tocollum gegeneinander vernehmen lassen wollen oder „nicht. In beiden Fällen liegt dem Richter ob, über „die ganze Handlung mit fleissiger Bemerkung aller hie„bei vorkommenden Umstände, vorzüglich jener, worin „die Partheien nicht einig sind, ein besonderes Protokoll „zu halten, solches ad acta zu legen, auch beiden Thei„len auf Begehren Abschrift davon zu ertheilen."

25) Bl. f. RA. Bd. IV S. 97.

26) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 137—40; Puchta a. a. O. S. 65.

Von Amtswegen, z. B. im Falle amtlicher Verhinderung, die wegen Zeitablaufs abgebrochne Handlung in den nächsten Tagen fortzusetzen, oder auf Antrag der Partheien kann zur protokollarischen Verhandlung über das Ergebniß des Augenscheins weitere Tagfahrt anberaumt werden. Haben die Sachverständigen ihre gutachtliche Meinung sofort zu Protokoll erklärt, so kann sich die Verhandlung der Partheien auch über den Inhalt derselben verbreiten. Dagegen findet eine besondre Schlußverhandlung über den Inhalt der später abgegebnen Gutachten nicht statt, indem das Gesetz nur eine nach geschloßnem Augenschein zu pflegende protokollarische Verhandlung über das, was sich aus dem Augenschein ergeben hat, zuläßt. War jedoch zugleich Zeugenbeweis geführt, so ist es den Partheien unverwehrt, in den Disputirsätzen auch über die Gutachten der Sachverständigen Bemerkungen vorzutragen und Anträge zu stellen.

Von pünktlicher Befolgung der in der eben angeführten Gesetzstelle dem Richter gegebnen Vorschrift, von umsichtiger Vornahme und Leitung, so wie von genauer, erschöpfender Protokollirung des Augenscheinsaktes hängt dessen Brauchbarkeit und Wirksamkeit ab; es ist daher hierauf, damit nicht eine Wiederholung nothwendig und neue Kosten verursacht werden, die größte Sorgfalt zu verwenden. — Ist noch keine brauchbare Zeichnung der fraglichen Lokalität bei den Akten, so hat der Richter eine solche nach dem Ergebnisse des Augenscheins anfertigen zu lassen [27]) und beizulegen.

6) „Der Augenschein wird allezeit auf des verlieren„den Theils Kosten erkannt, welche aber von dem Im„petranten allein, oder wenn der Richter von Amtswe„gen hierin verfährt, von beiden Theilen einstweilen vor„geschossen, oder erholt werden sollen."

Hat

27) Er kann sie wohl selbst anfertigen, wenn er es versteht.

Hat eine Wiederholung des Augenscheins auf Antrag einer Parthei statt, so sind ihr die Kosten derselben aufzubürden [28]). Ist jedoch die Nothwendigkeit der Wiederholung Folge der Nachlässigkeit, welche der Richter bei dem früheren Augenschein verschuldet hat, so geht es nicht an, eine oder auch beide Partheien mit den Kosten der Wiederholung zu belasten.

II.

Die Gerichtsordnung spricht vom Beweise durch Sachverständige im Allgemeinen nur hinsichtlich ihrer Zuziehung bei dem richterlichen Augenschein des streitigen Orts oder der streitigen Sache. Er kommt aber auch ausser dieser Beziehung vor: a) in Fällen, die zu keinem Augenschein Anlaß geben, z. B. wenn es sich von der durch Sachverständige zu beantwortenden Frage handelt, um wieviel der Werth einer von zwei bisher in einer Stadt befindlichen Apotheken durch Errichtung einer dritten vermindert worden; — b) zur Feststellung von Thatsachen aus Wahrnehmungen, die wenigstens kein richterlicher Augenschein, keine eigne Sinnenwahrnehmung des Richters sind, und etwa auch ohne Gegenwart und Leitung des Richters stattfinden, z. B. wenn der Gemüthszustand einer Person aus fortgesetzter ärztlicher Beobachtung zu begutachten ist; — c) zur Bestimmung der Eigenschaft andrer Sachen, als des streitigen Orts, der streitigen Sache; z. B. der Aechtheit einer Beweisurkunde.

Sachverständige sind

1) von Zeugen wohl zu unterscheiden; der Zeuge sagt über Wahrnehmungen aus, welche er in vergangner Zeit gemacht hat; der Sachverständige wird erst vom Richter zu gewissen Wahrnehmungen veranlaßt, und hiernächst darüber vernommen. Der Zeuge giebt über

28) GO. XII §. 3 Nr. 7.

Wahrnehmungen Kunde, welche geradezu mit den Sinnen oder nur mit Hülfe solcher Erfahrungen oder Kenntnisse gemacht sind, die keine technische Bildung erfordern [29]); Aufgabe des Sachverständigen ist es, Eigenschaften und Merkmale aufzufassen und aktenmässig zu machen, deren richtige Auffassung besondre Sachkunde voraussetzt. Der Zeuge hat nur über Wahrnehmungen auszusagen; der Sachverständige zieht aus dem Wahrgenommenen Schlüsse, er baut darauf ein Gutachten, ein technisches Urtheil. — Die Aussage des Sachverständigen über den Befund ist gewissermassen ein Zeugniß, keineswegs demselben völlig gleichzuachten. — In manchen Fällen erscheint die fragliche Nebenperson als Mittelding von Zeuge und Sachverständigen; sie wird z. B. über eine in fremder Sprache gemachte Aeußerung vernommen; hier beruht das Zeugniß auf einer besondern, nicht gemeinen Kenntniß; zur Prüfung seiner Glaubwürdigkeit ist — unter Anwendung der oben Kap. X §. 17 Nr. 3, 4 vorgetragenen Grundsätze — die bezügliche Sprachkenntniß des Zeugen festzustellen.

2) Häufig sind Thatumstände, welche eine Parthei zur Begründung ihres Anspruchs oder ihrer Vertheidigung zu beweisen hat, von solcher Beschaffenheit, daß die Wahrnehmung ihres Daseyns eine technische Bildung d. h. besondre Kenntnisse oder Fertigkeiten erfordert; z. B. wenn zu beweisen ist, daß ein gekauftes Pferd lungenritzig,

29) Wenn Zeugen darüber aussagen, ob eine Parthei von der andern Buchen- oder Eichenholz erhalten habe, ob auf einem Acker vor 2 Jahren Reps oder Roggen gebaut worden, ob ein vormaliger Weg 8 oder 12 Fuß breit gewesen, ob Jemand einen grünen oder braunen Rock getragen u. s. w., so liegt der Aussage überall die Anwendung gewisser Kenntnisse zu Grunde; aber Niemand wird behaupten, der Zeuge habe als Forstmann, Botaniker, Mathematiker, Physiker (wegen der Farbenkunde) — deponirt. Vgl. oben S. 185 Note 1.

oder der auf Scheidung verklagte Ehegatte beischlafsunfähig sei; daß ein novum opus des Nachbarn Schaden drohe; daß der Werth einer verkauften Sache das Doppelte des Kaufpreises übersteige; daß die diffitirte Urkunde die Schriftzüge des angeblichen Ausstellers an sich trage. In allen Fällen solcher Art sind die Sachverständigen ein Beweismittel, wie die Zeugen; ihre Zuziehung hängt von dem rechtzeitigen und sachgemäßen Vorschlag des Beweispflichtigen ab [30]).

In andern Fällen handelt es sich nicht von einem einer Parthei obliegenden Beweise relevanter Thatumstände, sondern die Zuziehung von Sachverständigen kommt als Hülfsmittel richterlicher Beurtheilung erwiesener resp. unbestrittener Thatsachen in Frage; so bei Ziehung von Schlußfolgerungen, die auf richterlicher Reflexion beruhen z. B. über den Gemüthszustand einer Person nach einer Reihe dem Richter vorliegender Thatsachen; bei Prüfung des Werthes von Beweismitteln, wenn solche z. B. bei Urkunden aus frühern Jahrhunderten technische Kenntniß erfordert; zur Bestimmung einer zuzuerkennenden Summe in Sachen, in welchen die Festsetzung des Betrags richterlichem Ermessen anheimgestellt ist [31]);

30) v. Stürzer a. a. O. S. 706 bemerkt: Beweis durch Sachverständige kann auch in perpetuam rei memoriam statt haben, wenn Gefahr droht, die kunstmässige oder wissenschaftliche Beurtheilung könne z. B. wegen Untergangs der Sache, oder weil man tales peritos nicht mehr haben kann, später nicht mehr, oder nicht mehr so genügend, wie jetzt vorgenommen werden.

31) So bei Festsetzung eines zu leistenden Schadensersatzes, in Fällen, wo das juramentum in litem keine Anwendung findet; fr. 4 §. 4 fr. 5 §. 3 de in litem jurando (12, 3); eben so, wo die billige Vergütung zu bestimmen ist, welche Jemand von einem Andern für geleistete Dienste zu erhalten hat; Bl. f. RA. Bd. I S. 48. — Dadurch, daß hier auf Beweis des erlittenen Schadens erkannt und dessen Führung

zur Erhebung des Werths von Sachen, wenn solche, wie bei Ausmittlung der Berufungssumme, Offizialsache ist. — In allen diesen und dergleichen Fällen sind die Sachverständigen kein von den Partheien zu benützendes Beweismittel, sondern Hülfsmittel richterlicher Amtsthätigkeit; ihre Zuziehung hängt nicht von Einhaltung einer Beweisfrist, noch überhaupt von Anträgen der Partheien ab; sie geschieht von Amtswegen in jeder Lage des Prozesses, wo immer sie als nothwendig oder nützlich erscheint.

3) Sachverständige, welche Beweismittel sind, benennt der Beweisführer [32]), und sein Gegner ist befugt, zur Führung des Gegenbeweises [33]) andre (in gleicher Zahl), gegenüberzustellen [34]). Werden Sachverständige als Hülfsmittel richterlicher Amtsthätigkeit zugezogen, so geht die Ernennung vom Richter aus, vorbehaltlich des Rechtes der Partheien, untüchtige resp. exceptionsmässige Personen zu verbitten. Niemand ist verpflichtet, die Ernennung zum Sachverständigen anzunehmen, die vom Staate hiefür aufgestellten Personen ausgenommen [35]).

4) Bei der Beweisführung durch Sachverständige ist es Sache des Beweisführers, den Gegenstand der durch andre Mittel versucht worden, ist der Richter nicht gehindert, vor dem Definitivurtheile eine Schätzung von Amtswegen eintreten zu lassen. Vgl. unten Kap. XIII §. 4 a. E., Kap. XIV §. 7 Nr. 4.

32) In der Regel nicht weniger als zwei; ausnahmsweise nur einen einzigen in Sachen des mündlichen Verhörs; s. auch oben S. 84 lit. b.

33) Die Antretung des Beweises durch Sachverständige ist, wie die durch Zeugen oder Urkunden, dem Gegner zur Erklärung und Antretung etwaigen Gegenbeweises mitzutheilen.

34) Hinsichtlich der Auswahl geeigneter Personen s. das hierüber bei der Lehre vom Augenschein S. 251 Bemerkte.

35) Puchta a. a. O. S. 61; v. Stürzer a. a. O. S. 706.

Vernehmung zu bezeichnen [36]); wobei natürlich dem Richter die Prüfung der Relevanz, dem Gegner die Befugniß, Erinnerungen zu machen, zusteht. In der Aufgabe richterlicher Prozeßleitung liegt es ferner, die Sachverständigen — zur Einhaltung der richtigen Gesichtspunkte — sachgemäß zu instruiren [37]). — Bei der Zuziehung von Sachverständigen, welche von Amtswegen geschieht, wird natürlich auch der Gegenstand des Gutachtens richteramtlich bezeichnet.

Hinsichtlich der Beeidigung gilt das oben S. 521 Bemerkte. In Sachen, welche sich nicht zum richterlichen Augenschein eignen, wird im Allgemeinen nicht erfordert, daß die Besichtigung der betreffenden Person oder Sache von Seite der Sachverständigen unter Leitung einer Gerichtskommission geschehe [38]); zuweilen kann dies nothwendig seyn, um die Verfehlung des richtigen Gegenstandes, die Ausserachtlassung erheblicher Merkmale zu verhüten.

5) Es steht in richterlichem Ermessen, ein schriftliches Gutachten abzufordern, oder die Sachverständigen zu Protokoll zu vernehmen [39]). Erstenfalls können die mehrern Sachverständigen, wenn sie einverstanden sind, ein gemeinschaftliches Gutachten einreichen; letzternfalls ist den Partheien von der Vernehmungstagfahrt Kenntniß zu geben. — Den Sachverständigen ist es unverwehrt, sich unter sich zu besprechen, und den Partheien Fragen zu stellen [40]).

6) Den Partheien ist Einsicht der abgegebnen Gutach-

36) Nicht in Artikelform.

37) In Bezug auf Schätzungen — vgl. Kreittmayr in den Anmerk. zum LR. Th. IV Kap 3 §. 4 Nr. 7.

38) Puchta a. a. O. S. 59.

39) S. oben Note 22.

40) v. Stürzer a. a. O. S. 706.

ten zu verstatten. Einleitung eines Schlußverfahrens über den Inhalt derselben findet nicht statt [41]). Wohl aber ist, wenn darin der richtige Gesichtspunkt verfehlt oder kein bestimmtes klares Resultat gezogen, oder einzelne zu begutachtende Punkte übergangen wurden, Beantragung wiederholter Vernehmung oder auch Verfügung derselben von Amtswegen zulässig [42]).

7) Abgesehen von dem Daseyn solcher Mängel, welche nach dem Obigen eine wiederholte Vernehmung rechtfertigen, ist der Richter an das einstimmige Gutachten mehrerer Sachverständigen gebunden [43]). Nur im Falle einer Verschiedenheit der Meinungen steht es ihm zu, die Motivirung zu prüfen. Das hierüber zur Lehre vom Augenschein Bemerkte (s. oben S. 254) findet auch in andern Fällen der Zuziehung von Sachverständigen Anwendung [44]).

41) S. jedoch oben Abschnitt I Nr. 5.

42) Gleiches gilt bei stattgefundener Vernachlässigung nöthiger Formen. — Wird eine wiederholte Vernehmung nothwendig, so kann die Besorgniß, daß die zuerst vernommenen Sachverständigen aus vorgefaßter Meinung und der Konsequenz wegen den einmal ertheilten Ausspruch festhalten möchten, die Zuziehung Anderer motiviren.

43) Das liegt in der Bestimmung der GO. XII §. 3 Nr. 2. Wo indessen die Entscheidung nach gesetzlicher Vorschrift richterlichem Ermessen anheimgestellt ist, dient das Gutachten der Sachverständigen nur zum Anhaltspuncte, nicht zur Richtschnur. S. oben Note 31.

44) In Bezug auf Schätzungen bemerkt Kreittmayr in den Anm. zum LR. IV, 3 §. 4 Nr. 8: „sie geschehen in contradictorio allezeit obrigkeitlich mit Vernehmung verständig- und unpartheiischer Schätzleute, deren wenigstens zwei von der Obrigkeit ernannt" — s. jedoch oben Nr. 3 — „und gestalten Dingen nach beeidiget oder sub fide nobili vernommen werden. Kommen nun dieselben in der Schätzung nicht überein, so adjungirt man einen Dritten, und falls auch dieser mit keinem von beiden verstanden ist, so nimmt die

8) Wo immer die Sache so beschaffen ist, daß die Zuziehung von Sachverständigen, oder deren wiederholte Vernehmung, oder Ergänzung des Verfahrens durch Einholung des Gutachtens andrer Experten — als nothwendig oder sachdienlich von Amtswegen zu geschehen hat[45]), kann die deßfallsige Verfügung auch erst vom Oberrichter getroffen werden; und zwar im Wege einer einfachen Ergänzung, ohne darum das vorige Urtheil aufheben und die Sache auch zu nochmaliger Urtheilsfassung remittiren zu müssen[46]).

§. 4.

Von der Kalkulation.

1. Der Streit über das Ergebniß einer Berechnung betrifft entweder die Richtigkeit des Kalkuls oder die einzelnen Ansätze. Ersternfalls ist er durch Kalkulation zu schlichten, welche die Gerichtsordnung als eine Art des Augenscheins bezeichnet, weil sie wie dieser Evidenz gewährt. Dieselbe „kann zu allen Zeiten, sogar in der „Exekution selbst noch begehrt werden." Kann gezeigt werden, daß dem richterlichen Ausspruch ein bisher nicht bemerkter Rechnungsfehler zu Grunde liege, so steht keine Rechtskraft dem Antrag auf Berichtigung im Wege. „Hierbei ist jedoch erforderlich, daß der angebliche Rech„nungsfehler gleich specifice angezeigt, sofort die Rech-

Obrigkeit das Mittel heraus, oder arbitrirt sonst nach Gutbedünken." Unter dem Gutbedünken ist wohl ein sorgfältig erwogenes Ermessen zu verstehen. — Ueber Schätzungen im Exekutionsverfahren s. Prozeßgesetz von 1837 §. 87; in Bezug auf die Berufungssumme — Bl. f. RA. Bd. IV S. 109.

45) S. oben Note 31, 42.

46) Es handelt sich hier nicht von nachträglicher Erholung eines ordentlichen Beweises. Vgl. GO. XV § 7 Nr 9. Bl. f. RA. Bd. I S. 68.

„nung durch zwei von der Obrigkeit selbst ernannte un-
„partheiische ad hunc actum specialiter beeidigte, oder
„wenn sie ohnehin schon dazu verpflichtet sind, ihrer
„Pflicht hinreichend erinnerte Rechnungsjustifikanten ge-
„nau durchgegangen, der calculus in Beiseyn beider
„Partheien richtig und ordentlich gezogen, und dadurch
„der allegirte Fehler ausfindig gemacht werde; — wo-
„nach zwar der Gegentheil, welcher es nicht dabei beruhen
„lassen will, auf seine Kosten noch eine zweite und
„nochmalige Kalkulation zweier andrer unpartheiischen
„Rechnungsverständigen, sodann aber eine weitere und
„dritte Kalkulation nie mehr begehren kann."

Um die hier gemeinte Kalkulation zu erwirken, genügt es nicht, die Unrichtigkeit des aus der ganzen Rechnung gezogenen Resultates im Allgemeinen zu behaupten; es muß der besondre Rechnungsakt bezeichnet werden, in welchem sich der Fehler finden soll, z. B. diejenige Zusammenrechnung, deren Irrigkeit behauptet wird.

Wenn die Zuziehung von Rechnungsverständigen allgemein verordnet ist, so bezieht sich dies wohl nicht auf ganz einfache Fälle, bei welchen die gemeinste Kenntniß und Uebung im Rechnen zur Lösung der Prüfungsaufgabe hinreicht [1]).

Auf der andern Seite kommen Fälle vor, deren besondre Verwicklung und Schwierigkeit nothwendig macht, den Sachverständigen zur Erledigung des Geschäftes eine Frist zu gönnen.

Auch diejenigen Rechnungsverständigen, durch welche die etwa vom Gegner beantragte Superrevision bewerkstelligt wird, sind vom Richter zu ernennen. — Im Uebrigen kommen die allgemeinen Grundsätze von Sachverständigen auch hier zur Anwendung.

1) Z. B. wo es sich blos von der Richtigkeit der Addition von drei oder vier Posten handelt.

II. Der Streit über die Richtigkeit der einzelnen Ansätze einer gelegten Rechnung betrifft entweder die Einnahme oder Ausgabe. Behauptet in ersterem Falle der Rechnungsherr, daß der Geschäftsführer mehr eingenommen habe, als verrechnet ist, oder daß er ein mehreres hätte einnehmen sollen, so hat er solches zu beweisen; wohingegen, wenn ein höheres Soll der Einnahme bereits feststeht, der Rechnungssteller zu beweisen hat, daß es zufällig nicht realisirt werden konnte. — Werden Ausgabsposten bestritten, so ist es Sache des Rechnungsstellers, deren Statthaftigkeit zu zeigen, und die Belege dafür beizubringen [2]).

Kläger in solchen Streitigkeiten kann eben so gut der Rechnungsleger als der Rechnungsherr seyn; je nachdem dieser oder jener ein Guthaben aus der Rechnung behauptet, und zuerst gegen den andern einklagt [3]). Ist es der Rechnungsherr, welcher Klage erhebt, so enthält die Klagschrift häufig anticipirte Einlassungen auf zu erwartende Gegenbehauptungen, nemlich über die Ausgabsposten, deren Aufstellung dem Kläger aus der mitgetheilten Rechnung bekannt ist [4]). — Im Uebrigen hat das Ver-

2) Bayer Theorie der summar. Processe ed. V §. 81. Die Beibringung von Belegen kann dem Geschäftsführer nicht zugemuthet werden, wo sie der Natur der Sache widerstreitet, z. B. über kleinere Verköstigungsausgaben, Fuhrlöhne, Trinkgelder u. dgl., für welche Quittungen nicht ausgestellt zu werden pflegen. Hierüber muß sich der Geschäftsherr mit den Aufzeichnungen des Geschäftsführers, sofern sie keine unwahrscheinlichen und übertriebenen Ansätze enthalten, oder doch mit dessen eidlichen Versicherungen begnügen. Heise und Cropp Abhandl. Bd. I Nr. XIII S. 219.

3) Bayer a. a. O. — Behauptet nun andrerseits der Beklagte ein Guthaben für sich, so kann darin der Fall einer Widerklage liegen.

4) Bayer a. a. O.

fahren nichts besonderes [5]); es ist eben eine gleichzeitige Verhandlung über eine Mehrheit zusammenhängender Streitpunkte. Nach dem Schluße der Verhandlung über alle einzelnen Punkte erfolgt (etwa nach Vernehmung von Rechnungsverständigen) ein Gesammterkenntniß, in welchem theils definitiv, theils auf Beweis erkannt werden kann. In solchem Falle hängt der Ausspruch über das Endresultat der Rechnung von der Durchführung des Beweisverfahrens ab.

III. Ganz verschieden von Rechtsstreiten über den Inhalt einer gelegten Rechnung sind Prozesse über die Verbindlichkeit, Rechnung zu stellen, oder über die Brauchbarkeit eines vorgelegten Rechnungswerkes zur Erfüllung jener Verbindlichkeit [6]). Wird in Folge einer Klage auf Rechnungsstellung vom Beklagten eine Rechnung wirklich vorgelegt, so kann sich zwar dieser Prozeß noch darüber fortspinnen, ob das übergebne Rechnungswerk in förmlicher Hinsicht [7]) oder in Ansehung der Vollständigkeit [8]) geeignet sey, als Erfüllung der den Klag-

5) Martin im Lehrbuch §. 260 und Bayer a. a. O. bemerken, daß die Einwendungen gegen die einzelnen Rechnungs-Ansätze nicht mit der gewöhnlichen Ausführlichkeit, sondern nur in kurzen aphoristischen Sätzen vorgetragen werden.

6) Indessen kann es vorkommen, daß eine Klage auf das Guthaben aus der gelegten Rechnung z. B. über ein früheres Geschäftsjahr, mit der Klage auf Rechnungslegung hinsichtlich der späteren Geschäftsjahre verbunden wird.

7) Worüber das Gutachten von Rechnungsverständigen eingeholt werden kann.

8) Z. B. bezüglich der Ausstellung, daß sich über gewisse Rubriken des Einnahms-Soll kein Ansatz vorfinde oder daß sich die Rechnung des Gesellschafters auf gewisse von ihm geführte Geschäfte nicht erstrecke. — Dagegen gehört die Erinnerung, daß eine gewisse wirklich gemachte resp. nach dem Soll zu machende Einnahme nicht vorgetragen sey, zur Prüfung des Inhalts, nicht zur Verhandlung über die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung.

gegenstand bildenden Verbindlichkeit zu gelten. Dagegen ist von diesem Präjudizialverfahren die Verhandlung über die Richtigkeit der Rechnungssätze und über das sich für den einen oder andern Theil ergebende Guthaben jederzeit geschieden zu halten; und ein deßfallsiges Anbringen gemäß richterlichen Prozeßleitungsamtes zur besonderen Austragung zu verweisen [9]). Wird die gelegte Rechnung in Ansehung von Form und Vollständigkeit nicht beanstandet, so ist damit die Rechtssache, deren Gegenstand die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung war, erledigt und abgethan; das Eingehen in eine Prüfung des Inhalts und des Resultats setzt die Stellung einer neuen Klage auf Berichtigung des Guthabens voraus [10]).

IV. Zur Richtigstellung der Rechnungen über Geschäftsführungen, welche die Eigenschaft eines öffentlichen Dienstes haben, besteht ein eigenthümliches — ausser der Sphäre des Civilprozesses liegendes — Rechnungsverfahren, in welchem auf Erinnerungen (monita) über die Rechnung von Seite der vorgesetzten Behörde, oder eigner Revisionsbeamten, die Beantwortung derselben von Seite des Rechnungsstellers folgt, und sodann die Festsetzung des Resultates durch Ausspruch der vorgesetzten Behörde geschieht [11]). Zur Erledigung von Rekursen gegen solche Rechnungsbescheide bestehen eigne Oberbehörden [12]).

9) Aus demselben Grunde, aus welchem die GO. Kap. VIII § 1 Nr. 3 die gleichzeitige Verhandlung von Klage und Widerklage nicht zuläßt, „wo das punctum con — aut reconventionis so beschaffen ist, daß ein Punkt vorläufige Erörterung erfordert."

10) Bayer a. a. O.

11) Vgl. Komment. Bd. I zu Kap. I §. 7.

12) S. Komment. Bd. I S. 130—31.

Die Rechnungsprüfung wird hier aus dem Standpunkte der über Rechnungsmäßigkeit bestehenden Vorschriften, bewirkt[13]), wornach z. B. keine Ausgaben passiren, welche nicht durch Autorisation der dem Rechnungssteller vorgesetzten Behörde gerechtfertigt sind[14]), — und jeder Posten des Einnahms — Soll, dessen Uneinbringlichkeit nicht in vorgezeichneter Art bescheinigt ist, dem Rechner zur Last bleibt. Erschöpfende Würdigung aus dem Standpunkte civilrechtlicher Begründung findet hier eben so wenig statt, als Beweisführung nach den Regeln des Civilprozesses; so wie es größtentheils nicht Richter noch zum Richteramt Befähigte sind, welche den Rechnungsbescheid ertheilen. Es wird sonach allerdings hier in der Verfahrungsweise eine besondere Ausnahme gemacht, das „judicium contradictorium“ wird nicht „wie in andern Streitigkeiten“ gepflogen, es fehlen die Bedingungen der in der Gerichtsordnung Nr. 6 verordneten Gleichstellung in Betreff der res judicata. Demzufolge tritt zwar

a) Rechtskraft der Definitivbeschlüsse der Abrechnungsstellen resp. des obersten Rechnungshofs, was die Rechnungen der Staatsfinanzbeamten[15]) und der Verwalter unmittelbarer Stiftungen betrifft, in der Art ein, daß

13) Vgl. v. Zurheins Zeitschrift Bd. II S. 82 ff.

14) In einem Reskr. des Ministeriums des Innern (Döllinger Verordn. Sammlung Bd. XI, Th. 2 S. 899) ist gesagt: „im Rechnungsverfahren könne nach den bestehenden Comptabilitätsgrundsätzen nur darüber erkannt werden, ob und in wie weit ein Rechnungsbeamter von den vorgesetzten Administrativbehörden ermächtigt sey, die ihm anvertrauten Gelder zu verwenden, und sey es auf Verlust und Abgang oder auf welche andere Rubrik immer in Rechnungsausgabe zu stellen.

15) Zu welchen in Bezug auf Verrechnung der Sporteln und Taxen u. dgl. auch Kreisgerichtsdirektoren II. Kl., Landrichter u. a. gehören.

der Rechner zur Zahlung der festgesetzten Rechnungsschuldigkeit angehalten wird [16]). Es ist demselben aber nach geleisteter Zahlung der Rechtsweg offen, um hinsichtlich solcher Posten, welche für sich betrachtet die Eigenschaft von Civilprozeßsachen an sich tragen [17]), das Gezahlte mit der condictio sine causa als Nichtschuld zurückzufordern [18]).

b) Ausser den angeführten Fällen [19]) dient die Fest-

16) Hofkammerordnung vom 15. Aug. 1779 §. 5 (M. G. S. I, 409). Vgl. die Verordnung über die Formation und den Wirkungskreis des obersten Rechnungshofs vom 20. Okt. 1812 (Reg. Bl. 1785) §. 11 mit der Verordn. vom 11. Jan. 1826, das Finanzrechnungswesen betr., insbesondre §§. 10, 26, 32, 37. Näheres über die hier eintretende Execution s. unten Kap. XVIII §. 2.

17) v. Zurhein's Zeitschrift a. a. O. S. 87 f.: „sofern der Grund der Impugnirung dem Privatrechtsgebiete angehört;" z. B. wo es sich von Haftung für Amtsgelder handelt, welche entwendet oder von einem Subalternen unterschlagen worden sind.

18) Vgl. Verordn. vom 2. Juni 1750 Art. III §. 5, 8 (General. Samml. von 1771 S. 6); Hofrathsordnung vom 16. August 1779 §. 5 (Mayer Gen. Samml. Bd. I S. 164); Hofkammer-Ordn. vom 16. Aug. 1779 §. 5 (Mayer Gen. Samml. Bd. I S. 409—10); Rescr. vom 9. Nov. 1808 (Novellen zur GO. Bd. I S. 278); — OAGE. vom 30. Sept. 1814 in Sachen Leger contra Fiskus. — S. auch die in v. Zurhein's Zeitschrift a. a. O. angeführten Anerkennungen des hier aufgestellten Grundsatzes von Seite der Ministerien der Justiz und der Finanzen, des Staatsraths und des obersten Rechnungshofes. — Vgl. Komm. Bd. I S. 130—1. Hieher gehören auch die Novelle vom 25. Aug. 1815 (Moritz III S. 189) und das OAGE. vom 11. Dez. 1819 bei Duprel III S. 185.

19) Da nach dem Obigen das heutige Rechnungsverfahren die Voraussetzungen einer res judicata, wie sie in andern Streitigkeiten (in Civilprozeßsachen) platzgreifen, nicht

setzung im Rechnungsbescheide zum Beweise der Schuldigkeit des Rechners; — es kann auf dem Grunde des Ausspruchs nicht Exekution begehrt, sondern nur Klage erhoben und der Beweis damit gestellt werden [20]), worauf sodann die Vertheidigung des Verklagten die Aufgabe hat zu zeigen, daß ihm gewisse Einnahmsposten ohne hinreichenden Grund zur Last geschrieben oder Ausgabsansätze mit Unrecht gestrichen worden. Der Richter hat nun nach geschlossener Verhandlung über die aus Gründen des Civilrechtes oder Civilprozesses beanstandeten Posten gerade so zu erkennen, als ob noch kein Rechnungsbescheid in Mitte läge.

§. 5.

Von der Notorietät [1]).

„Was bei Gericht vorhin schon legaliter bekannt, „und notorisch ist, darf von den Partheien weiter nicht gewährt, so sollte auch die unter a) bezeichnete beschränkte Rechtskraft nur in denjenigen Fällen angenommen werden, für welche sie ausdrücklich verordnet ist. In Ansehung der Gemeinde- und (von Gemeindebeamten geführten) Stiftungsrechnungen steht den Kuratelbehörden nur die Revision, die Rechnungsprüfung und Ertheilung des Absolutoriums zu (Verordn. vom 17. Mai 1818, die Verf. und Verw. der Gemeinden betr. §. 124, 131); diesen Rechnungsbescheiden ist Rechtskraft und sofortige Vollstreckbarkeit vom Gesetze nicht beigelegt; auch die Verordn. vom 5. Nov. 1826 Art. V, VI (Regbl. S. 772—3) bestimmt dieses nicht, und ist ohnehin, weil sie kein Gesetz, nicht geeignet, eine so wichtige Norm zu begründen. — Die Praxis aber subsumirt auch diese Fälle unter die Vorschrift der in Note 16 erwähnten Verordnungen, so für als gegen den Rechner. Vgl. Erk. des obersten Rechnungshofs vom 29. Nov. 1839 in S. Kirchenpflege Mitteleschenbach contra Biechele.

20) Demzufolge eignen sich solche Sachen zur Einleitung des bedingten Mandatsprozesses. Vgl. übrigens Komm. Bd. I zu Kap. I §. 7.

1) Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. I S. 259 ff; Ge-

„mehr erwiesen, sondern nur allegirt werden. Im Falle „aber das angebliche notorium widersprochen, und im „Zweifel ist, so muß derjenige, welcher sich darauf be„ruft, den Beweis führen."

Zur Erläuterung dieser Gesetzstelle ist 1) zu bemerken, daß die beiden Ausdrücke „bei Gericht legaliter bekannt und notorisch" — nicht kopulativ, sondern disjunktiv aufzufassen sind. Die im ersten Satze enthaltene Vorschrift gilt

a) von dem, was bei Gericht legaliter (gerichtskundig) bekannt; nicht minder

b) von dem, was notorisch (menschen- oder volkskundig) ist.

Diese Auffassung rechtfertigt sich durch den Hinblick auf den zweiten Satz; indem es gewiß nicht angeht, einer Parthei den Beweis darüber aufzulegen, daß etwas bei Gericht legaliter bekannt sei. Eine Unterscheidung zwischen dem Gerichtskundigen und dem sonst Notorischen liegt daher im Sinne des Gesetzes.

2) Zu dem „bei Gericht legaliter bekannten" ist Alles zu rechnen, was die Gerichtspersonen in Ausübung ihres Amtes früher selbst gethan oder mit eignen Sinnen wahrgenommen, oder auch von Amtswegen [2]) erhoben und aktenmäßig gemacht haben. Vor- oder Beiakten, welche in Bezug auf den gegenwärtigen Prozeß ein erhebliches Gerichtsnotorium solcher Art enthalten, ist der Richter, auf oder ohne Begehr einer Parthei, zu adhibiren so befugt als verpflichtet [3]). — Dagegen gehört nicht hieher, was in einem frühern Prozeße, in Folge der Be-

sterding Ausbeute aus Nachforschungen Bd. II S. 351 ff. Heffter zu Weber S. 246 ff; Bayer Vorträge zu Martin §. 127 und 181.

2) Z. B. in einer Kriminal- oder in einer Vormundschaftssache.

3) Bl. f. RA. Bd. VII S. 111 — 12. Die richterliche Annahme

weisführung einer Parthei oder des Geständnisses der andern als bewahrheitet angenommen wurde [4]), — sofern nicht zwischen beiden Prozessen ein die Erstreckung der Rechtskraft wirkender Zusammenhang stattfindet. In Ansehung von Thatfragen, welche die von Amtswegen obliegende Einhaltung gesetzlicher Vorschriften [5]) betreffen, hat der Richter in Berücksichtigung dessen, was ihm amtlich bekannt ist, völlig freie Hand.

Gerichtskundig ist auch das, was der Richter aus öffentlichen Kundmachungen oder amtlichen Mittheilungen andrer Behörden weiß; z. B. aus dem Regierungs- und andern Amtsblättern [6]).

3) Notorisch heißt, was vermöge der Erfahrungen des Lebens und des Verkehrs, auf den Grund sinnlicher oder Verstandeswahrnehmungen bei allen erwachsenen Personen für so bekannt anzunehmen ist, daß jeder Zweifel darüber als Chikane erscheinen würde [7]); so das s. g. Menschenkundige — z. B die gewöhnlichen Abwechslungen der Jahreszeiten oder zwischen Tag und Nacht, die Eintheilungen des Jahres, die natürlichen einfachsten Zahlenverhältnisse, die alltäglichen Lebensbedürfnisse und Ver-

eines Notorium aus Vorakten setzt immer voraus, daß den Partheien Veranlassung gegeben war, Einsicht davon zu nehmen, und sich darüber zu äussern.

4) Dies folgt aus der Natur der juristischen Gewißheit und des formellen Rechts. Martin in Weber's Paraphrase S. 363. Dadurch allein, daß andre Akten Behelfe enthalten, die auch in gegenwärtigem Prozeße dienlich seyn könnten, ist weder die Adhibirung von Amtswegen noch ein Editionsanspruch von Seite einer Parthei gerechtfertigt. S. oben S. 169 — 70.

5) Z. B. die Vorschriften über Untüchtigkeit der Zeugen.

6) Martin in Weber's Paraphrase S. 368.

7) Quod ita publicum est vel manifestum et evidens, ut tergiversatione aliqua celari nequeat. Vgl. Cap. 8 et 10 de cohabit. clericorum (3, 2).

Verrichtungen; eben so das Welt- und Volkskundige, z. B. Weltbegebenheiten wie die Schlachten von Leipzig und Waterloo, der Tod Napoleons, die Thronbesteigung Viktoria's u. dgl., ferner die vor Jedermanns Augen wirksamen Staatseinrichtungen und Anstalten, die Hauptereignisse der Landes- resp. Ortsgeschichte, welche im Gedächtnisse der jetzigen Generation noch wirklich leben, oder worüber man sich wenigstens aus unverdächtigen Quellen sofort Belehrung verschaffen kann [8]). — Was übrigens vor Jahren notorisch war, ist es darum nicht auch heutzutage, und eine Begebenheit, welche an einem Orte volkskundig ist, hat wohl an andern diese Eigenschaft nicht [9]).

4) Eine notorische Thatsache braucht nur angeführt (allegirt), nicht bewiesen zu werden. Widerspricht der Gegner die Wahrheit der Behauptung, und die Notorietät ist dem Richter nicht auſſer allem Zweifel, so wird nach den allgemeinen Regeln auf Beweis erkannt, nemlich auf Beweis der behaupteten Thatsache. Der Beweisauflage kann aber auch durch Nachweisung der Notorietät des Faktum's genügt werden. [10]). Soll dieser Beweis durch Zeugen geführt werden, so genügt es nicht, daß die Zeugen im Allgemeinen die Gemeinkundigkeit der Thatsache versichern, sie müssen vielmehr besondre Umstände angeben, aus welchen erhellt, daß nicht blos eine gemeine Meinung, sondern ein Wissen des Publikums von der Wahrheit der Thatsache stattge-

8) Heffter a. a. O. S. 249.

9) Bayer a. a. O. Deßwegen hat der Unterrichter die für ihn vorhandene Gerichts- oder Ortskundigkeit, zur Notiz für den Oberrichter, auch aktenkundig zu machen, und ist, wo solches nicht geschehen, vom Oberrichter dazu anzuweisen. Bl. für RA. Bd. IV S. 79.

10) Vgl. den zweiten Satz der Gesetzstelle mit Heffter a. a. O. S. 251—2 und Linde's Lehrbuch ed. V §. 254 Note 11.

funden habe [11]). Amtliche Kundmachungen in öffentlichen Blättern können zur Lieferung solcher Probe dienen; bei Zeitungsartikeln andrer Art, so wie überhaupt bei historischen Schriften ist die Glaubwürdigkeit genauer Prüfung zu unterwerfen; insbesondre hinsichtlich der nähern Umstände gemeinkundiger Thatsachen, deren richtige Auffassung nicht Jedermanns Sache ist [12]).

§. 6.

Von dem gemeinen Rufe, oder Fama publica.

„Ob es wohl um den gemeinen Ruf eine sehr „betrügliche und ungewisse Sache zu seyn pflegt, so kann „doch derselbe in längstvergangnen, oder schwer zu er„weisenden Sachen, wenn er wenigstens von zehen Jah„ren her beständig, gleichförmig, und durch zwei glaubwür„dige Zeugen bewiesen ist, soweit dienen, daß der Richter „nach Gestalt der Dinge, wenigstens mittels des Eides „darauf sprechen, oder erkennen kann."

Gemeiner Ruf bezeichnet die feststehende Volksansicht über die Wahrheit einer Thatsache, über Daseyn

11) Hierin liegt der Unterschied vom Beweise des gemeinen Rufs. S. den folgenden §. 6.

12) Gesterding a. a. O., welcher (aus andern Schriftstellern referirend) bemerkt: „es komme darauf an, ob der Geschichtschreiber als Augenzeuge erzähle, wie Thucydides, Xenophon, Prokop, oder auf den Glauben anderer; ob er Grund hatte, die Wahrheit zu entstellen, aus Gunst, Haß, Vaterlandsliebe u. s. w. oder keinen; ob er etwas für gewiß erzähle oder zweifelhaft; ob einer etwas berichte oder mehrere; ob die Erzählung innere Glaubwürdigkeit habe oder nicht; ob der Historiker Zugang zu öffentlichen Archiven hatte u. s. w. — Der Umstand, daß einzelne Angaben unrichtig erfunden würden, könne dem Schriftsteller den Glauben nicht ganz nehmen; hin und wieder einmal zu irren, begegne auch dem Besten."

und Beschaffenheit eines Rechtsverhältnisses. Derselbe soll

1) nur in längstvergangnen oder schwer zu erweisenden Sachen zum Beweisgrunde dienen. Seyfart, auf welchen die Anmerkungen verweisen, äussert hierüber in seinem Reichsprozeß Kap. XII §. 10: „Es kommen viel negotia im menschlichen Leben vor, welche schwer zu erweisen sind, und wenn man demnach famam constantem und von langer Zeit beibringen kann, wie es nemlich beständig die gemeine Rede gewesen, daß der wüste Anger zu dem Schickischen Rittergute gehöre, und daß derselbe seit.....[1]) Jahren der Schickische Anger genannt worden, so ist kein Zweifel, daß man dadurch auch plene erweisen könne, e. g. in probatione dominii, filiationis, mortis, juris patronatus, venandi, piscandi, lignandi und dergleichen."

2) Es muß dargethan seyn, daß der fragliche gemeine Ruf wenigstens zehn Jahre hindurch, von der den Prozeß veranlassenden Thatsache zurück gerechnet, beständig und gleichförmig gewesen ist.

3) Nur Zeugenbeweis ist hier anwendbar, und zwar müssen es zwei tadelfreie Zeugen übereinstimmend aussagen; wobei übrigens die allgemeinen Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung kommen.

4) Dem richterlichen Ermessen ist es anheimgestellt, welches Gewicht im gegebnen Falle nach Gestalt der Dinge auf den erwiesenen gemeinen Ruf zu legen sei; derselbe kann sogar als vollbeweisend angenommen werden[2]). — Nur ein schwacher Behelf ist vorhanden, wo es an den zehn Jahren oder dem vollständigen Zeugenbeweis (über die Thatsache des gemeinen Rufs) fehlt.

1) Seyfart spricht von 20, 30, 40 Jahren; nach der GO. genügen deren zehn.

2) Vgl. die oben unter Nr. 1 aus Seyfart's Reichsprozeß extrahirte Stelle.

5) Die Auftragung eidlicher Bestärkung ist hier durch eignes Wissen des Beweisführers nicht bedingt, indem es sich von einem Bestärkungseide handelt, welcher in gleicher Kategorie mit dem in Kap. XI §. 2 erwähnten steht. S. oben S. 128.

Dreizehntes Kapitel.

Von dem Eidschwure, wie auch dem Beweise, welcher dadurch gemacht wird.

Dreizehntes Kapitel.

Von dem Eidschwure, wie auch dem Beweise, welcher dadurch gemacht wird.

§. 1.

Von dem Eide überhaupt [1]).

„Der Eid, wodurch man Gott zum Zeugen der „Wahrheit und Rächer des Meineids anruft, wird in „promissorium et assertorium eingetheilt. Promisso„rium ist, wenn man durch einen gerichtlichen oder auß„sergerichtlichen Eid etwas verspricht. Assertorium, wenn „man die Wahrheit einer Sache eidlich betheuert [2]) und „zwar entweder aus eigenem guten Wissen, zu Latein: „ex certa scientia et sensu corporeo, oder aber nur „aus wahrscheinlichen glaublichen Ursachen. Jenes heißt „juramentum veritatis, dieses aber credulitatis."

Der Wahrheitseid ist unmittelbar auf das Seyn oder Nichtseyn der zu beweisenden Thatsache, resp. eines Merkmals oder Bestandtheils derselben gerichtet, und die Versicherung des Schwörenden soll in der Regel, wo der Ge-

1) Malblanc doctrina de jurejurando ed. II. Tubing. 1820. — Bayer Vorträge zu Martins Lehrbuch §§. 129, 223.

2) D. h. derjenigen, deren Beweis unternommen wurde. Bei der künstlichen Beweisführung kann diese von der zum Beweise ausgesetzten verschieden seyn. S. oben Kap. XII §. 2.

genstand dazu geeignet [3]), auf eigner Sinnenwahrnehmung fußen; die Eigenschaft einer Sinnenwahrnehmung wird aber dadurch nicht aufgehoben, daß sie mittels gewisser Kenntnisse und Erfahrungen gemacht wurde, z. B. mittels der Kunde einer fremden Sprache [4]). — Im Glaubenseide spricht der Schwörende ein bloßes Fürwahrhalten, seine subjektive Meinung aus.

„Von dem juramento assertorio sind hauptsächlich „folgende Gattungen zu merken, nemlich das juramen„tum litis decisorium, suppletorium, purgatorium, in „litem, manifestationis, calumniae und der Zeu„geneid." — Eigenthümlichkeiten haben auch der Bestärkungseid in Bezug auf alte Urkunden (oben S. 128), Handelsbücher (S. 142) und den gemeinen Ruf (S. 275); ferner der Editionseid (S. 173), der Diffessionseid (S. 187), und die zur Bescheinigung dienenden Eidesleistungen [5]). Nebstdem kann der Eid noch so vorkommen, daß der eine Theil sich zu eidlicher Bestärkung einer von ihm gemachten Behauptung erbietet, und der andre dieses Erbieten acceptirt [6]).

„Ueberhaupt wird von dem Eide hiemit verordnet, „daß

„1) weder meineidige und ehrlose, noch unvogtbare „oder andere von dem Eide keinen hinlänglichen Be„griff habende Personen zum Schwure gelassen werden „sollen."

3) Wo der Eid einen Vorgang in der Seele des Schwörenden betrifft, z. B. eine von ihm gehegte Willensmeinung oder Absicht (s. unten §. 2 Nr. 2 lit. a), kann natürlich das Erforderniß der Sinnenwahrnehmung nicht vorkommen.

4) Vgl. oben Kap. XII §. 3, II.

5) Vgl. z. B. Kap. XI §. 12 Nr. 3; — s. auch Kap. VI §. 13, 16 Nr. 5; Kap. IX §. 11; Kap. XI §. 5 Nr. 5; Kap. XV §. 5 Nr. 8; — Bl. f. RA. Bd. VII S. 139—41.

6) Vgl. hiezu auch oben Kap. XII §. 4 Note 2.

Die Verurtheilung wegen Meineids zieht die Eidesunfähigkeit nach sich ohne Unterschied, ob der falsche Eid in einer Civil- oder in einer Untersuchungssache, in der Stellung als Parthei oder als Zeuge resp. Sachverständiger geschworen worden [7]). Einem Meineidigen ist gleichzuachten, wer sich in einer Untersuchungssache einer Fälschung von Urkunden oder des Gebrauchs wissentlich falscher Urkunden schuldig macht [8]), oder wer ein Dokument, worauf ein Angeschuldigter seine Rechtfertigung oder doch Anspruch auf Minderung der Strafe gründen könnte, oder andre Beweismittel der Schuldlosigkeit oder minderen Strafbarkeit, wissentlich und in böser Absicht unterdrückt oder abwendig macht [9]).

Völlige bleibende Ehrlosigkeit tritt heutzutage mit der Verurtheilung zur Kettenstrafe ein. Uebrigens ist jeder Verbrecher während seiner Strafzeit (während der Dauer der Freiheitsstrafe) unfähig zur Ablegung eines Eides [10]).

Unvogtbar heißt soviel als unmündig. Die Eidesmündigkeit tritt aber auch bei dem weiblichen Geschlechte erst mit zurückgelegtem 14 ten Jahre ein [11]). Kreittmayr bemerkt: Unsinnige, Betrunkene, Schla-

7) Vgl. Art. 269—72 mit Art. 290 Th. I des StG. — Kreittmayr's Zusatz: „Worunter auch die in Puncto perjurii Verdächtigen begriffen sind" — ist ohne praktische Bedeutung. Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 260.

8) Art. 293 Th. I des StG.

9) Art. 294 ebd.

10) Art. 24 ebd.

11) Vgl. Kap. X §. 10 Nr. 1 mit Can. 14, 15, 16 Caus. XXII quaest. 5. — Vgl. den Entwurf der Prozeßordnung von 1825 §. 590: „Ist ein Minderjähriger der Eidesmündigkeit nahe, und will der Gegner, daß dieser selbst den Eid leiste, so kann nach vernünftigem Ermessen des Richters die Eidesleistung bis zur Eidesmündigkeit desselben verschoben werden."

fende haben noch viel weniger Begriff von dem Eid, als Unvogtbare, sind mithin desselben ebenfalls nicht fähig [12]). Die Eidesfähigkeit der Tauben hängt davon ab, daß sie genug gebildet sind, um die Bedeutung des Eides einzusehen, und daß ihnen die Eidesformel mitgetheilt werden kann [13]). Ueber die Eidesfähigkeit der Stummen s. unten Nr. 2.

„2) Kann der Eid in der Regel, wo nicht ein anderes in den Rechten ausdrücklich verordnet oder sonst von der Obrigkeit aus erheblichen Ursachen für nöthig befunden wird, durch einen Anwalt in die Seele seines Prinzipals abgeschworen werden, jedoch dergestalt, daß der Anwalt allezeit zugleich in seine eigne Seele mitschwöre, daß er gänzlich glaube, und dafür halte, daß auch sein Prinzipal den Eid mit gutem Gewissen ablegen könne."

Diese Bestimmung der Gerichtsordnung wurde durch ein Gesetz vom 11. Jan. 1806 [14]) dahin modifizirt:

„daß jeder Eid in der Regel, wo nicht von der Obrigkeit aus erheblichen Ursachen solchen durch einen Anwalt in seines Prinzipalen Seele schwören zu lassen, für zulässig befunden, oder dieses von dem Gegentheil bewilligt würde, von der Parthei persönlich abgeschworen werden solle."

Große Entfernung des Wohnorts resp. Aufenthalts des Schwurpflichtigen oder Verhinderung desselben, vor

12) Wie denn eben dieser Ursache halber (heißt es in der Anmerk. lit. b weiter) in Can. 16 Caus. 22 Qu. 5 versehen ist, daß man die Leute nüchtern und Vormittags schwören lassen soll, welches sonderbar bei denen Deutschen vonnöthen seyn will, weil diese Praesumtionem wider sich haben, daß sie von dem Tisch niemal unbetrunken aufzustehen pflegen.

13) Vgl. Bl. f. RA. Bd. I S. 366.

14) Regbl. S. 33. Nov. Samml. Bd. I S. 260.

dem Prozeßgerichte zu erscheinen, sind im Allgemeinen zu den erheblichen Ursachen nicht zu rechnen, indem solchen Falls die Requisition der Gerichte eines Aufenthaltsortes eintritt [15]). Läßt sich aber diese Requisition im einzelnen Falle nicht bewerkstelligen, so mag der Eidesleistung durch einen Anwalt stattgegeben werden; ebenso, wenn etwa ein chronisches Leiden des Schwurpflichtigen z. B. Nervenschwäche im höchsten Grade, von der persönlichen Eidesleistung Lebensgefahr besorgen läßt; oder wenn es sich von der Beeidigung eines Stummen handelt, welcher der Vorschrift des Gesetzes, mündlich zu schwören, nicht genügen kann; oder wenn eine große Anzahl von Streitgenossen zu schwören hätte, in welchem Falle, sofern nicht besondre Gegengründe vorhanden, zuzulassen ist, daß einige Genossen den Eid für sich und in Auftrag der Uebrigen leisten [16]).

Fürstenwürde des Schwurpflichtigen ist kein Grund, die Eidesleistung durch Anwälte, nemlich durch dessen Beamten geschehen zu lassen [17]).

Die Eidesleistung durch einen Anwalt erfordert Eidesfähigkeit des Schwurpflichtigen und (nach neuerem Rechte) spezielle Bevollmächtigung zu dieser Stellvertretung; vgl. den Nachtrag zu Kap. VII §. 9 (a. E. dieses Bandes).

15) Vgl. die Einleitung zu dem Ges. vom 11. Jan. 1806 — und unten Nr. 6.

16) Die Heiligkeit des Eides macht es dem Richter zur Pflicht, die Vervielfältigung der Anrufung Gottes, soweit sein Ermessen reicht, zu verhüten. Vgl. cap. 26 X de jurejur. mit Causa XXII quaest. 1. can. 5: „non ea (juratione) utatur, nisi necessitas cogat.“ Leyser spec. 143 med. 3: „Nihil magis auctoritatem et sanctitatem sacramentorum imminuit, quam eorum multitudo.“ Diese Rücksicht kann demnach als „erhebliche Ursache“ gelten.

17) OAGE. vom 4. April 1835 in v. Zurheins Zeitschrift für Theorie und Praxis des bayer. Rechts Bd. III S. 196—8.

„3) Wird statt des Unvogtbaren der Vormund, „wenn er anders nöthige Wissenschaft von der Sache [18]) „zu haben scheint, zum Schwure gelassen.“

Auf das eigne Wissen des Vormunds kommt es nicht an, wo nur ein Glaubenseid zu leisten ist; — auch für den mündigen Pflegling wird der Vormund zum Schwur gelassen, wenn er, nicht der Pflegling, Wissenschaft von der Sache hat, insbesondre wenn der Pflegling aus andern Gründen eidesunfähig ist.

Für den Fiskus schwört der Fiskal, welcher in dem Prozesse die juristische Persönlichkeit des Staates vorstellt [19]); für Stiftungen der Verwalter, welcher Namens der moralischen Person bei Gericht gehandelt oder die Vollmacht ausgestellt hat [20]). Bei Kollegien [21]), Korporationen und Gemeinden ist, wenn eigene Handlungen der Vorstände, Administratoren oder einzelner Mitglieder den Gegenstand der Eidesleistung ausmachen, von diesen Personen zu schwören [22]). Ausser diesen Fällen geschieht die Eidesleistung in der Regel durch diejenigen Verwaltungsmitglieder resp. Vorsteher, welche als solche [23]) die

18) Darüber, was hierunter zu verstehen, vgl. Kreittmayr in der Anm. lit. b zum folgenden §. 2.

19) S. Komm. Bd. II S. 96—7; vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 99; v. Zurhein und Sartorius Rechtsfälle Bd. I S. 361; Entwurf von 1825 §. 591; von 1827 §. 319. — Rentbeamten und andere Subalternen können für den Fiskus eben so wenig zum Schwure gelassen werden, als jeder andere Geschäftsführer zur Leistung des vom Geschäftsherrn zu schwörenden Eides. (Dagegen eine OAGEntscheidung in den Bl. f. RA. Bd. II S. 100.) — In Fällen eines Dienstwechsels ist auf die Zeit der Eidesleistung zu sehen.

20) Oder der Nachfolger. Anmerk. zum LR. Th. I Kap. VII §. 41.

21) Von den Staats-Finanz-Kollegien ist hier nicht die Rede.

22) Entwurf von 1825 §. 592; von 1827 §. 321; von 1831 §. 270.

23) Z. B. diejenigen Mitglieder der Verwaltungsbehörde, welche als syndici oder Rechtskonsulenten bestellt sind. Handelt ein

Verhandlungen Namens der juristischen Person pflegen oder die Vollmacht für den Sachwalter ausgestellt haben. Es kann indessen die Spezialvollmacht zur Eidesleistung auch andern Mitgliedern der Korporation, oder des Kollegiums, welche etwa bessre Wissenschaft von der Sache haben, ertheilt werden. — In Gemeindesachen, welche diese Eigenschaft nur durch die gemeinschaftliche Betheiligung sämmtlicher Gemeindeglieder, als solcher, haben [24]), und wo demnach die allgemeine Prozeßvollmacht von den einzelnen Gemeindegliedern ausgestellt worden ist, ernennen dieselben aus ihrer Mitte einige Anwälte zur Eidesleistung; vorbehaltlich der Befugniß des Gegentheils, die Auswahl, etwa wegen Bedenken in Betreff der Glaubwürdigkeit der Gewählten oder ihrer Wissenschaft von der Sache, zu beanstanden und einen Gegenvorschlag zu machen, worüber sodann richterliche Entscheidung erfolgt [25]).

„Wenn die Klage ex jure cesso herrührt, soll „nicht nur der cessionarius, sondern auch nach Gestalt „der Dinge der cedens schwören."

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Cedent, etwa in Folge einer Streitverkündigung, an dem Prozesse Theil nimmt; es ist demnach hier ein Fall vorhanden, wo ausnahmsweise ein Dritter, welcher nicht Partheі ist, gleichwohl einen Partheieid schwört. Diese Ausnahme soll nach Gestalt der Dinge eintreten, d. h. wenn es sich von einer Thatsache handelt, von welcher nur der Cedent, nicht der Cessionar eigne Wissenschaft hat [26]). Der Ausdruck: „Der Cedent soll schwören"

rechtskundiger Magistratsrath zufolge besondrer Vollmacht für den gegenwärtigen Prozeß, so kommt es darauf an, ob er auch Spezialvollmacht zur Eidesleistung hat. — S. übrigens Note 20.

24) Bl. f. RA. Bd. IV S. 7.

25) Bl. f. RA. Bd. III S. 53 ff. — Ein oberstrichterliches Erk. für diese Ansicht (Nr. $641^{31}/_{32}$) — ebendaselbst S. 256.

26) Bl. f. RA. Bd. IV S. 140. Nr. 1.

deutet nicht auf einen gegen denselben platzgreifenden [27]) Zwang, er will nur soviel sagen, daß eine Ablehnung des Eides durch des Cedenten Nichttheilnahme am Prozesse nicht gerechtfertigt werde. Uebrigens versteht sich diese Vorschrift nur von der Geltendmachung cedirter Forderungsrechte [28]); ihre Anwendung kann auf andre Fälle der Verfolgung eines von einem Dritten übertragenen Rechtes nicht ausgedehnt werden. Wenn Jemand die durch Kauf erworbene Sache vindizirt, so klagt er nicht aus dem Rechte seines Autors, sondern aus dem Eigenthum, welches ihm selbst zusteht. — Eben so wenig geht es (abgesehen vom Einverständniß der Partheien) an, statt des Geschäftsherrn, mit welchem der Prozeß geführt wird, den Geschäftsführer, welcher aus seiner Geschäftsthätigkeit die beste Kunde von der Sache hat, schwören zu lassen [29]). Man kann nicht annehmen, daß der Gesetzgeber an die so häufig vorkommenden Fälle dieser Art nicht gedacht habe; um so weniger ist hierauf analoge Anwendung desjenigen zulässig, was ausnahmsweise für das Verhältniß zwischen Cessionar und Cedent bestimmt ist [30]). **Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.**

„4) Der Eidschwur selbst soll wissentlich, wohlbe„dächtlich, klar und deutlich ohne Gefährde, und heim„lichen Vorbehalt, wie nicht weniger, soviel die gericht„lichen Eidschwüre betrifft, mündlich und in gewöhnli„cher Form geschehen."

27) Auf die Verbindlichkeit des Cedenten zur Evictionsleistung kann die Weigerung, zu schwören, allerdings Einfluß haben.

28) Vgl. bayer. LR. Th. II Kap. III §. 8.

29) Dies gilt auch hinsichtlich der Frage, ob Eidesleistungen über gutsherrliche Verhältnisse in den Prozessen der großen Gutsbesitzer z. B. der Standesherrn, diesen selbst oder ihren Domanialbeamten aufzutragen seyen. Vgl. oben Nr. 2 Note 17.

30) Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 28; Seuffert PandR. §. 15.

Der Eidschwur soll

a) wissentlich geschehen: d. h. mit dem Sprechen der Eidesformel muß die Absicht verbunden seyn, den fraglichen Eid zu leisten. Kreittmayr bemerkt: „man zweifle de intentione niemal, sobald als alles übrige da ist, was zum Jurament erfordert wird, indem sonst alle falsche Eidschwüre mit dem Defectu intentionis bedeckt und entschuldiget werden könnten."

b) Mit Bedachtsamkeit, heißt es in den Anmerkungen, schwört derjenige nicht, welcher dieses z. E. nur aus Gewohn- und Leichtfertigkeit, oder in Zorn und Schmerzen thut. — Bei gerichtlich in gehöriger Form geleisteten Eiden ist natürlich anzunehmen, daß bedachtsam geschworen worden [31]).

c) Fehlt es an Klarheit und Deutlichkeit der Eidesleistung, so wird ihr Zweck nicht erfüllt. Was nicht zweifellos in der Eidesleistung begriffen ist, gilt als nicht beschworen.

d) Die Folgen des Eidschwurs bestimmen sich nach dem natürlichen Sinne der Eidesworte. „Weder das natürliche noch geschriebene Recht," sagt Kreittmayr, leidet bei dem Eidschwur heimliche Ausnahmen, Bedingnisse, restrictiones oder reservationes mentales [32]), sondern das Gemüth wird nach den Worten und Aeusserungen beurtheilt."

e) Alle gerichtlichen Partheieide müssen mündlich

31) Wenn in dem Amtszimmer, in welchem geschworen wird gleichzeitig ein halb Dutzend andre Verhandlungen gepflogen werden, und so die Umgebungen eher geeignet sind, Zerstreuung als Sammlung des Geistes zu bewirken, so mag es allerdings mitunter an der „Bedachtsamkeit" fehlen.

32) v. Stürzer CGV. S. 712: „etwas anders sprechen, etwas anders denken, — oder dem, was die Worte sagen, in mente einen andern Sinn geben, oder etwas hinzu oder hinweg denken, was die Gestalt der Sache wesentlich ändert."

geschworen werden [33]). In Bezug auf den Zeugeneid der Siegelmässigen — s. oben S. 87. Ueber Eideslei-stung der Stummen s. Nr. 2 des gegenwärtigen §en.

f) In Ansehung der Eidesform gilt das oben S. 86 bei der Lehre vom Zeugen-Eid Bemerkte. Bei der Beeidigung der Juden wird in der Praxis häufig das zweckmässigere Formular benützt, welches den Entwürfen einer Prozeßordnung von 1825 und 1827 beigefügt ist. Nach diesem sind alle Partheieide der Juden in der Sy-nagoge (Schule) zu leisten [34]).

Eine Angelobung an Eidesstatt kann auch in Baga-tellsachen die Stelle eines förmlichen Partheieides nicht vertreten [35]); sie genügt aber überall, wenn der Gegner damit zufrieden seyn will.

5) „Können sich die Partheien über den Inhalt,

„oder

33) Bl. f. RA. Bd. IV S. 141 Nr. 2.

34) Dies entspricht auch der bisherigen Uebung (vgl. OAGE. vom 17. Febr. 1834 in Sachen Schwab contra Strampfer Rezatkr. AGAkt. S. 27/1818), — welche jedoch nicht gleichför-mig ist. — Ein Justiz-Ministerialrescript vom 27. Juni 1833 sprach folgende Sätze aus: 1) In der Regel hat bei Judeneiden die Meinungsverwarnung, wie die Abnahme des Eides selbst, nur von dem Richter, ohne Beiziehung eines Rabbiners, eines Schulklopfers zu geschehen. Cod. jud. XIII §. 1 Nr. 6 Anmerk. zu Kap. X §. 14 lit. e. 2) In denjeni-gen Fällen, in welchen auf den Antrag einer Parthei nach dem Ermessen des Gerichtes ein feierlicher Judeneid abzu-schwören ist, hat nicht der Schulklopfer, sondern nur der Rabbiner oder sein Stellvertreter diese religiöse Handlung vorzunehmen. Edikt vom 10. Juni 1813 §. 25 Abs. 2. — 3) Hiebei ist sodann allerdings der Schulklopfer, welchem als Kirchner, Kirchendiener, Rabbinatsdiener die Herbeibrin-gung der Thora obliegt, (gegen angemessene Remuneration) zuzuziehen.

35) Bl. f. RA. Bd. I S. 390.

„oder formulam juramenti [36]) nicht miteinander verstehen, „so soll der Richter den Ausspruch darüber thun, und „denselben publiziren, damit derjenige, welcher dadurch „beschwert zu seyn glaubt, allenfalls dagegen appelliren „könne."

In vielen Fällen kann die Eidesformel geradezu nach dem Beweissatze abgefaßt werden; in andern geht dieß nicht an; so wenn die Beweisführung eine künstliche ist [37]), oder wenn sie den Beweissatz in mehrere Bestandtheile auflös't; ferner wo die Worte des Beweissatzes das dabei vom Richter Gedachte nicht richtig oder nicht klar ausdrücken [38]), oder zu Mentalreservationen Anlaß geben könnten, oder wenn darin des Zusammenhangs wegen auch unerhebliche Umstände erwähnt sind [39]) u. dgl.

Ein richterlicher Ausspruch über die Fassung der Eidesformel soll in der Regel nur dann erfolgen, wenn kein Einverständniß der Partheien vorliegt. Von Amtswegen aber hat der Richter dafür zu sorgen, daß die Fassung der Eidesformel klar und bestimmt sei, daß sie nicht die Keime neuer Zweifel und Streitigkeiten, und keinen Spielraum für Mentalreservationen enthalte.

Ueber die Eidesformel ergeht kein besondrer Zwischenbescheid, sie wird in dem Erkenntnisse auf Eidesleistung festgestellt. Vgl. unten Kap. XIV §. 9.

36) Kreittmayr in der Anm. lit. f: „Gewisse Juramente haben schon überhaupt ihre gesetzte legale Formul, wie z. E. das Juramentum Calumniae, der Gezeugen-Eid und mehr dergleichen. Von diesen ist die Rede hier nicht, sondern nur von jenen, welche keinen beständigen Leist haben, wie z. B. Juramentum litis decisorium, suppletorium, purgatorium und andere mehr."

37) S. oben Kap. XII §. 2, I.

38) Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 97 f.

39) S. oben Kap. IX §. 1 S. 7.

Ueber Berufungen in Betreff der Eidesformel — s. unten Kap. XV §. 3.

6) „Die wirkliche Beeidigung soll bei gerichtlichen „Eidschwüren allezeit vor gesessenem Gerichte, wo die „Streitsache hängt, oder bei weit entfernten Partheien „vor dem Richter, welcher dazu requirirt worden, oder „bei Kurfürstlichen Dikasterien coram commissione, und „zwar wenn die Parthei Krankheit wegen zu erscheinen „nicht im Stande ist, in ihrer Behausung, doch in allen „diesen Fällen jedesmal mit Adcitirung des Gegentheils „ad videndum et audiendum jurare vorgenommen, auch „gegen gemeine, ungelehrte oder leichtsinnige Leute die „vorläufige hinlängliche Meineidserinnerung niemals un„terlassen und endlich über den ganzen Beeidigungsakt „ein ordentliches Protokoll verfaßt, und ad acta gelegt „werden."

Die Beeidigung geschieht

a) überall durch eine Gerichtskommission, bei welcher nur eine Richteramtsperson Kommissär seyn kann [40]).

b) In Ansehung der Frage, ob im einzelnen Falle der Beeidigung durch Requisition stattzugeben, ist auch auf die zwischen beiden Orten bestehenden Kommunikationsmittel, auf Beruf, Geschäfte und Vermögensverhältnisse des Schwörenden Rücksicht zu nehmen [41]). Ob das zu requirirende Gericht ein inländisches oder auswärtiges sei, macht keinen Unterschied [42]).

c) Der Schwurpflichtige ist zum Schwörungstermin unter Androhung der Annahme der Eidesverweige-

40) Komment. Bd. I S. 226. OAGEntschl. vom 23. April 1836 Nr. 21 $^{35}/_{36}$.

41) S. Bl. f. RA. Bd. IV S. 142 Nr. 5.

42) Bl. f. RA. Bd. IV S. 142 Nr. 4. S. jedoch Arnold in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 164.

rung [43]) zu laden, und dieser Rechtsnachtheil im Falle seines Nichterscheinens nach den vom Ungehorsame geltenden Grundsätzen zu verwirklichen. — Die Unterlassung der Beiladung des Gegners macht den Beeidigungsakt heilbar nichtig [44]); nur ist die Geltendmachung dieser Nichtigkeit dadurch bedingt, daß gegen das Dekret, welches von der vorzunehmenden oder vorgenommenen Beeidigung Kenntniß giebt, rechtzeitig Verwahrung eingelegt wird [45]).

Kann der Gegner, z. B. wegen Krankheit, zum Beeidigungsakte bei Gericht nicht erscheinen, so ist er deßwegen nicht befugt, dessen Vornahme in seiner Behausung zu verlangen; er mag statt seiner einen Bevollmächtigten ad videndum et audiendum jurare bestellen [46]).

d) Unter den gemeinen, ungelehrten Leuten, gegen welche die Meineidsverwarnung nicht zu unterlassen ist, sind solche Personen zu verstehen, hinsichtlich welcher Zweifel obwalten, ob sie von der Wichtigkeit und Bedeutung des Eides und den schweren Folgen des Meineides gehörige Kenntniß haben. — Indem übrigens das Gesetz bei solchen und bei Leuten von notorisch laxen Grundsätzen die Unterlassung der Meineidsverwarnung verbietet, verwehrt es dem Richter nicht, eine dergleichen Apostrophe auch der Beeidigung von Personen vorhergehen zu lassen, auf welche die angeführten Prädikate nicht passen; sofern

43) Fehlt die Androhung, kann auch die Verwirklichung nicht eintreten, weil das Präjudiz im Gesetze nicht gedroht ist. Bl. f. RA. Bd. V S. 46. Dies gilt auch nach dem neuesten Rechte. Komment. Bd. II S. 269. Vgl. unten S. 300 Note 27.

44) Bl. f. RA. Bd. I S. 327 f.

45) Prozeß-Gesetz vom 17. Nov. 1837 §. 53 Nr. 3.

46) Nur wenn der Schwörende krank ist, kann der Akt in dessen Behausung vorgenommen werden. — S. Bl. f. RA. Bd. IV S. 142 Nr. 3.

ihm überhaupt die Persönlichkeit des Schwörenden oder die Beschaffenheit oder Lage der Sache Motive dafür an die Hand giebt. — Auch steht es in richterlichem Ermessen, zur Verstärkung des Eindrucks die Verwarnung durch einen Geistlichen vornehmen zu lassen [47]). Andre Mittel der Gewissensrührung z. B. Anordnung der Vorbereitung durch Beichte und Kommunion [48]), Zuziehung von Zeugen [49]), Mitbringen des Kindes in Vaterschaftsprozessen [50]) u. dgl. sind nicht zulässig.

e) Vor der wirklichen Leistung eines von einer Parthei zu schwörenden Eides oder einer Versicherung an Eidesstatt soll, wenn die Gegenparthei anwesend ist, jedesmal der Vergleich versucht werden [51]).

f) Wenn der Schwurpflichtige sich im Schwörungstermine zur Ableistung des Eides bereit erklärt, dieser Erklärung aber Vorbehalte gegen den Sinn der Eidesformel oder die Aeusserung von Gewissensskrupeln u. dgl. beifügt, so ist darin Anlaß gegeben, von Amtswegen eine Belehrung darüber, in welchem Sinne der Eid zu leisten sei und dessen Ableistung aufgefaßt werden würde, so wie eine geschärfte Meineidsverwarnung, mit besondrer Beziehung auf Mentalreservationen eintreten zu lassen. — Nebstdem haben solche Aeusserungen der Parthei, welche schwören soll, die Natur eines neu vorgekommenen Thatumstandes, und können dem Gegner als neuer Beweisgrund dienlich seyn; somit denselben zur Bitte um Zu-

47) Bl. f. RA. Bd. II S. 85; Sartorius in v. Zurhein's Beiträgen Bd. I S. 275. Akteneinsicht ist dem Geistlichen nicht zu gestatten. MR. vom 30. April 1833. — Bezüglich der Meineidsverwarnung bei Judeneiden s. oben Note 34.

48) Sartorius a. a. O. S. 279.

49) Was verschieden ist von zulässigem Mitbringen eines Beistandes. OAGE. vom 22. April 1823 Nr. 695 19/20.

50) Vgl. das in voriger Note angeführte OAGE.

51) Novelle von 1837 §. 49.

lassung eines Beweisnachtrags resp. einer Beweisführungs-Aenderung veranlassen [52]). Deßwegen ist jedenfalls, bevor sich der Gegner über die Aeusserung der Skrupel resp. Vorbehalte vernehmen lassen konnte und richterlicher Ausspruch darüber erfolgt ist, mit der Eidesabnahme nicht vorzufahren [53]).

§. 2.

Vom Juramento litis decisorio [1]).

I.

1) „Kann jeder diesen Eid deferiren, der seiner „selbst mächtig ist, und es kann auch derselbe jedem de„ferirt werden, der einen Eid zu schwören fähig ist."

Meineidige sind nicht fähig, einen Eid zu schwören; also kann denselben kein Haupteid deferirt werden [2]).

52) Durch die fragliche Aeusserung kann vielleicht eine so gewichtige Vermuthung für die Wahrheit des Gegentheils dessen, was beschworen werden soll, begründet werden, daß nun der Gegner desjenigen, welcher schwören sollte, auf Zulassung zum Ergänzungseide anzutragen Ursache hat, oder daß nunmehr Grund vorhanden ist, ihm statt der andern Parthei die Leistung des nothwendigen Eides zuzuerkennen. S. Bl. f. RA. Bd. III S. 257 f.; insbesondre Note 2.

53) Bl. f. RA. a. a. O.

1) Ueber Begriff und rechtliche Natur s. Bayer zu Martin's Lehrb. §. 129 not. g. §. 223, 225. — Fr. 2 de jurej. (12, 2): „Jusjurandum speciem transactionis continet." — In den Bestimmungen der GO. waltet die Auffassung als Beweismittel vor. Vgl. Kreittmayr Anmerk. lit. a: „Ob dieses pro specie probationis zu halten, wird zwar unter den Autoren bestritten; es hat aber Boehmer die Affirmative in einer eignen Dissertation de probatione per delationem juramenti §. 5 et sequ. gründlich erwiesen, und diese Meinung wird auch in Codice bestätigt per verba: „unter die andern Probsmittel zu zählen."

2) v. Stürzer CGV. S. 714; Bl. f. RA. Bd. I S. 165.

2) „Hat derselbe in allen Sachen [3]), ausgenommen „in criminalibus Platz, doch muß er an sich relevant, „und die Geschichte, worüber der Eid deferirt wird, so „beschaffen seyn, daß der andre Theil selbst eignes gutes „Wissen davon haben kann; denn über fremde, oder auch „solche Geschichten, welche wegen Länge der Zeit ver„muthlich schon aus dem Gedächtnisse entwichen sind, „kann dieser Eid nicht deferirt werden."

Die Eideszuschiebung hat,

a) nach der Vorschrift der Gerichtsordnung auch in Ehescheidungsprozessen statt. Kreittmayr führt in den Anmerkungen zum LR. Th. V Kap. XIX §. 42 Nr. 24 die Besonderheiten des Beweisverfahrens in Sachen des geistlichen Rechts, insbesondre in Ehescheidungsprozessen auf; ohne dabei eine Beschränkung des Gebrauchs der Eideszuschiebung zu erwähnen. Auch die Praxis der protestantischen Ehegerichte in Bayern kennt eine solche Beschränkung nicht [4]).

Was die Frage betrifft, ob die Eideszuschiebung für die Aufgabe bloßer Bescheinigung gebraucht werden könne, so ist sie im Allgemeinen zu bejahen; zu verneinen aber, wo es sich von Erwirkung einer nur transitorischen Maßregel, und zu diesem Zwecke von Beschwörung einer Thatsache handelt, von deren Erledigung auch die definitive Erledigung der betreffenden Rechtssache abhängt. Dies folgt aus der auf definitive Entscheidung der Streitfrage gerichteten Natur des Haupteides. Demzufolge kann z. B. bei Arrestgesuchen zwar zur Bescheinigung der Gefahr drohenden Umstände, nicht aber zur Bescheinigung des Grundes der Forderung Eideszuschiebung platzgreifen.

3) Auch in Sachen, über welche beschleunigte Verhandlung gepflogen wird. Vgl. z. B. Komm. Bd. II S. 86. — Was den Exekutivprozeß betrifft — s. Komm. Bd. II S. 54 Note 29.

4) Bl. f. RA. Bd. VII S. 225.

b) Die Ausnahme in criminalibus ist nicht so zu verstehen, als ob die Eideszuschiebung auch bei Verfolgung civilrechtlicher Ansprüche aus Handlungen mit strafrechtlichem Charakter ausgeschlossen sei; die Ausschliessung bezieht sich vielmehr lediglich auf das Gebiet des Strafrechts [5]).

c) Eine Eideszuschiebung über offenbar irrelevante Umstände ist, wie überhaupt jeder nach gesetzlicher Vorschrift unstatthafte Eidesantrag, von Amtswegen zu verwerfen; bei obwaltendem Zweifel der Gegner zu hören [6]).

d) Nur über eine „Geschichte" d. h. Thatsachen, Thatumstände [7]) kann der Haupteid zugeschoben werden. Es geht nicht an, die Eideszuschiebung gerade auf das Daseyn von Rechten (z. B. Eigenthum [8]), Servitut, Zehent, Forderung), oder überhaupt auf das Ergebniß zu richten, welches aus der Subsumtion von Thatsachen unter Rechtssätze hervorgeht, z. B. auf den Eintritt einer Verjährung [9]). Ueber die faktischen Prämissen, nicht über das Resultat einer Schlußfolgerung kann der Eid deferirt werden [10]); ebenso wenig über den Werth einer Sache

5) Kreittmayr Anm. lit. c; Bl. f. RA. Bd. IV S. 156 Nr. 12.

6) In der Mittheilung zur Erklärung ist ein richterlicher Ausspruch über die Zulässigkeit der Eideszuschiebung keineswegs enthalten. Der Mittheilung ungeachtet kann der Richter später gegen die Zulässigkeit entscheiden.

7) Z. B. über sinnlich wahrnehmbare Eigenschaften von Sachen. Unter Geschichte ist nicht blos ein „Geschehenseyn" zu verstehen; der Ausdruck umfaßt auch das Seyn von Zuständen.

8) OAGE. vom 25. Juni 1842 Nr. 107 $^{38}/_{39}$. Daß auf Beweis des Eigenthums u. d. g. interloquirt worden, macht keinen Unterschied.

9) Bl. f. RA. Bd. IV S. 117.

10) OAGE. vom 17. Sept. 1824 in S. Seckendorf contra Zollhöfer; OAGE. vom 5. März 1836 Nr. 372 $^{32}/_{33}$. Dahin, daß eine gewisse Angabe betrügerisch gewesen, kann der Haupteid nicht zugeschoben werden, wohl aber in der Art, daß Delat

oder Gerechtsame [11]), über den Betrag des durch Leistungen und Bemühungen verdienten Lohns. — Eine in die Sinne fallende Geschichte braucht es gerade nicht zu seyn; es findet z. B. über die bei Eingehung eines Vertrages, zwar nicht ausgedrückte, aber stillschweigend gehegte Absicht die Zuschiebung des Haupteides unbedenklich statt [12]). — Auch zum Beweise der Beobachtung einer gesetzlich vorgeschriebnen Form ist Eideszuschiebung zulässig [13]).

e) Aus eignem Wissen kann geschworen werden, wenn es sich von eignem Thun oder Nichtthun des Delaten, oder von einer Geschichte oder einem Zustande handelt, deren Hergang resp. Daseyn er selbst unmittelbar wahrgenommen hat oder nach Behauptuug des Deferenten wahrgenommen haben soll, oder von Aeusserungen, welche in seiner Gegenwart gemacht wurden resp. gemacht worden seyn sollen. Ein Wissen der zu beschwörenden Thatsache, welches auf Mittheilungen andrer Personen oder auf Einsicht von Urkunden und sonach auf Würdigung der Beweiskraft der Zeugen und Urkunden beruht, ist kein eignes. Eine für den Delaten fremde Handlung oder Aeusserung ist jede, welche er nicht selbst gethan resp. gemacht, oder doch nicht selbst gesehen resp. gehört hat. Die Handlung oder Aeusserung eines Dritten ist darum keine eigne des Delaten, weil sie für ihn, in seinem Namen, in seinen Geschäften vorgenommen oder gemacht wurde [14]); eben so wenig darum, weil der

schwöre, die Angabe nicht im Bewußtseyn der Unwahrheit gemacht zu haben. — S. auch oben S. 237.

11) OAGE. vom 24. Aug. 1832 Nr. 676 $^{31}/_{32}$. Inwiefern der Schätzungseid hier platzgreife, s. unten §. 4.

12) Bl. f. RA. Bd. I S. 128.

13) Bl. f. RA. Bd. IV S. 157. Hiebei ist spezielle Angabe der fraglichen Form nöthig.

14) Wohl aber ist eignes Wissen des Geschäftsherrn anzunehmen, hinsichtlich der von ihm dem Geschäftsführer ertheilten Auf-

Delat Rechtsnachfolger des Urhebers der Handlung oder Aeusserung ist. — Ueber fremde Geschichten (in diesem Sinne) findet Eideszuschiebung nicht statt [15]); keine Parthei kann der andern zumuthen, eidlich zu erhärten, daß sie von der „fremden Geschichte" nichts wisse (Ignoranzeid) [16]). — Indessen pflegt man in der Praxis unter dem eignen Wissen bei Eideszuschiebungen an moralische Personen, insbesondre den Fiskus, auch das Wissen aus Akten und Urkunden zu begreifen [17]). Diese Praxis hat den Umstand für sich, daß Kreittmayr — bei gänzlichem Stillschweigen der Gerichtsordnung über Vertretung der moralischen Personen in Eidesleistungen — derselben nur bei Erläuterung der von der Eidesleistung durch Anwälte sprechenden Gesetzstelle [18]) erwähnt, für diese aber in Ansehung der Eide, welche sie für ihre Prinzipalen schwören, keine Wissenschaft aus eigner unmittelbarer Wahrnehmung, sondern nur die Ueberzeugung gefordert wird, daß der Eid mit gutem Gewissen geschworen werden könne [19]).

träge, über den Inhalt der von diesem erstatteten Berichte und gelegten Rechnungen (im Falle bewiesen werden will, daß ein Gewisses berichtet oder verrechnet worden), über den Empfang dessen, was in Vollzug des Auftrags in seine (des Mandanten) Hände gekommen ist.

15) Kreittmayr Anm. lit. c.

16) Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. IV S. 122. Mit diesem Ignoranzeid über gegenwärtiges Nichtwissen der zu beweisenden Geschichte ist nicht zu verwechseln der Haupteid, welcher z. B. zum Beweise der mala fides dahin zugeschoben wird, daß Delat beim Erwerbe der Sache die Ansprüche des Dritten oder die Insolvenz des Veräusserers nicht gekannt habe.

17) Bl. f. RA. Bd. IV S. 154 vgl. mit S. 144 Nr. 7 und Bd. V S. 31 Nr. 2.

18) Anmerk. zu §. 1 lit. c a. E.

19) GO. XIII §. 1 Nr. 2: „Daß er gänzlich glaube und dafür halte, daß auch sein Prinzipal den Eid mit gutem Gewissen

f) Das eigne Wissen des Delaten muß auch ein gutes seyn. Ueber solche Geschichten, deren genaue zuverlässige Auffassung durch besondre Umstände gehindert war, oder welche vermuthlich wegen Länge der Zeit vom Gedächtnisse nicht oder doch nur unzuverlässig und unvollständig bewahrt wurden, kann der Haupteid nicht deferirt werden. Ob im einzelnen Falle der in Mitte liegende Zeitraum zur Begründung dieser Vermuthung geeignet sei, steht in richterlichem Ermessen, für dessen Bestimmung die größere oder geringere Wichtigkeit, überhaupt die Besonderheit der fraglichen Thatsache [20]), deren etwaiges Zusammentreffen mit andern Vorgängen von Bedeutung [21]), die Beschaffenheit der Ereignisse der Zwischenzeit [22]), und auch die geistige Individualität des Delaten, sofern sie gerichtskundig, in Betracht kommen. — Das bloße Vorgeben des Delaten, sich der Sache nicht mehr oder nur mangelhaft zu erinnern, ist unerheblich; es kommt darauf an, ob nach den Umständen anzunehmen, daß er noch ein gutes Wissen haben kann [23]).

II.

3) Gleich allen andern Beweismitteln muß auch die Eideszuschiebung bei Vermeidung des Ausschlusses innerhalb der Beweisfrist als Beweismittel benannt werden; was auch von der eventuellen gilt, welche in der Art stattfindet, daß von dem Eid dann Gebrauch zu ma-

ablegen könne." Ist der Prinzipal eine moralische Person, so kann natürlich nicht davon die Rede seyn, daß in seine Seele geschworen werde.

20) Z. B. Schwieriger ist es, Zahlen zu merken, als andre Thatumstände.

21) Ein solches Zusammentreffen ist dem Andenken günstig.

22) Welche etwa geeignet sind, frühere Vorfälle aus dem Gedächtniß zu verwischen.

23) Bl. f. RA. Bd. IV S. 143 Nr. 6.

chen sei, wenn durch die andern Beweismittel nichts erwiesen worden [24]).

4) „Es soll jedesmal die formula juramenti zugleich „mit der Delation übergeben, und hierauf der andre „Theil nach erfolgtem richterlichen Auftrag innerhalb des „präfigirten Termines nicht nur in quaestione an, ob „er nemlich den angebotenen Eid acceptiren, oder dem „Deferenten zurückschieben, oder aber das Gegentheil, so„weit es etwa nicht schon geschehen ist, auf andre Art „beweisen wolle, deutlich und positive erklären, sondern „auch auf die ersten zwei Fälle seine vermeinten Ein„wendungen gegen die ihm kommunizirte Eidesformel so„gleich überreichen."

Zur Erläuterung dieser Gesetzstelle wird bemerkt:

a) Unter Eidesformel versteht man die wörtlich genaue Bezeichnung dessen, worüber geschworen werden soll. Der Gesetzesvorschrift ist genügt, wenn nur, worüber und in welcher Fassung Deferent die Eidesleistung beantrage, zweifellos vorliegt. Eine ausdrückliche Hervorhebung des Entwurfs der Eidesworte, oder gar Einreichung dieses Entwurfs in besondrer Beilage ist nicht erforderlich [25]). Es reicht z. B. hin, zu beantragen, Gegner solle den (auf eine bestimmte Thatsache gerichteten) Beweissatz in verneinender Form beschwören. — Hat nach dem übrigen Inhalt der Beweisantretung die Eideszuschiebung die Richtung auf relevante Umstände und erschöpft sie die Beweisaufgabe in den wesentlichen Umständen, so geht wegen unrichtiger oder mangelhafter Fassung der beantragten Eidesformel das Beweismittel nicht verloren, indem durch Verbesserung von Seite des Richters geholfen werden kann [26]). —

24) Prozeßgesetz vom 17. Nov. 1837 §. 41; hierdurch ist der Vorschrift der Nr. 3 des gegenwärtigen §en derogirt.

25) Jedoch ist bei der Verschiedenheit der Ansichten die ausdrückliche Hervorhebung jedenfalls räthlich.

26) Bl. f. RA. Bd. IV S. 303—4 Nr. 15, 16.

Erhellt aber b) nicht mit Bestimmtheit, worüber der Eid angesonnen wird, oder ist in der Eideszuschiebung die Beweisaufgabe verfehlt, oder — ohne Ergänzung durch andre Beweismittel — nicht erschöpft, oder erscheint dieselbe nach dem Obigen in subjektiver oder objektiver Hinsicht als unstatthaft, so ist in dem auf die Beweisantretung ergehenden Dekrete deren Verwerfung auszusprechen. Ausserdem wird

c) die Beweisantretung dem Delaten — unter Vorsteckung einer zerstörlichen Frist — mit der Aufforderung zugefertigt, sich innerhalb derselben — bei Vermeidung des Rechtsnachtheils fingirter Eidesweigerung [27]) — über den Eides-Antrag und zugleich über die beantragte Eidesformel [28]) zu erklären.

Liegt im gegebnen Falle bereits vor, daß Zurückschiebung hier nicht stattfinden könne, so ist es sachgemäß, den Delaten speziell zur Erklärung über „Annahme oder Gewissensvertretung" aufzufordern [29]).

d) Die Erklärung des Delaten kann zunächst darauf gehen, die Statthaftigkeit oder Wirksamkeit der Eideszuschiebung aus dem Standpunkte der bisher vorgetragnen Grundsätze oder auch darum zu bekämpfen, weil für das

27) Das Präjudiz muß, um verwirklicht zu werden, ausdrücklich angedroht worden seyn (Bl. f. RA. Bd. I S. 111); auch nach dem neuesten Rechte (Komment. Bd. II S. 269). Indessen sind hierüber die Ansichten der Gerichte verschieden, es ist daher räthlich, die Erklärung rechtzeitig abzugeben, wenn auch das Präjudiz nicht angedroht war.

28) Die GO. spricht von einer Erklärung über die Eidesformel nur bezüglich der Fälle der Annahme oder Zurückschiebung; aber auch bei der Gewissensvertretung muß festgestellt werden, worüber das Gewissen mit Beweis zu vertreten sei.

29) Natürlich wird durch diese Fassung des prozeßleitenden Dekretes der Delat nicht gehindert, dennoch die Zurückschiebung zu wählen, wenn er solche rechtfertigen zu können vertraut.

Gegentheil dessen, was der Deferent durch Eideszuschiebung beweisen will, vollständiger Beweis [30]) in einer öffentlichen oder anerkannten Privaturkunde oder durch einen gerichtlichen Augenschein — bereits vorliege [31]). Bei völliger Sicherheit über den Erfolg der vorgetragnen Einwendungen mag Delat es darauf wagen, die Erklärung über Annahme, Zurückschiebung oder Gewissensvertretung zu unterlassen. Diese Unterlassung hat aber, wenn die gemachten Einwendungen unerheblich befunden werden, die Verwirklichung des angedrohten Rechtsnachtheils zur Folge, so daß eventuelle Beifügung der aufgegebnen Erklärung jedenfalls als räthlich erscheint. — Der Delat kann immer nur einen der drei gesetzlichen Wege einschlagen [32]). Eventueller Vorbehalt der andern findet nicht statt [33]). Eine undeutliche Erklärung ist als nichtgeschehen zu betrachten.

Macht Delat, welcher den Eid annimmt oder zurückschiebt, keine besondre Aeusserung über die beantragte Eidesformel, so wird dies Stillschweigen als Einverständniß

30) Wenn, was beschworen werden soll, schon vollständig vorher bewiesen worden, so kann die Erklärung auf die Eideszuschiebung völlig unterbleiben. OAGE. vom 26. Sept. 1836 Nr. $703^{31}/_{32}$; vom 2. Mai 1842 Nr. $1162^{39}/_{40}$.

31) Blosse Präsumtionen, bemerkt Kreittmayr in der Anmerk. lit. e, steh'n der Eidesdelation niemals im Wege; z. B. dem verklagten Schuldner steht die Präsumtion der Tilgung der Forderung zur Seite, wenn der Gläubiger ihm den Schuldschein zurückgegeben hat. Dies hindert aber Letzteren nicht, dem Ersteren den Eid z. B. dahin zuzuschieben: daß die Zurückgabe des Schuldscheins nicht zu dem Ende geschehen sei, um eine Anweisung zur Erhebung der Besoldungs-Terz des Schuldners, zu Gunsten des Gläubigers, darauf zu schreiben.

32) S. jedoch unten Nr. 9 lit. f.

33) Bl. f. RA. Bd. IV S. 304 Nr. 18. In dem Antrage auf richterliche Festsetzung der Eidesnorm liegt faktisch Erklärung der Acceptation. Ebd. Nr. 17.

angenommen; wodurch jedoch die dem Richter von Amtswegen zukommende Einwirkung auf die Feststellung der Eidesformel [34]) nicht ausgeschlossen ist. — Acceptirt Delat den Eid, jedoch mit Beantragung einer ungeeigneten Eidesformel, so ist dies — abgesehen von einer bestimmten Erklärung für das Gegentheil — nicht als Weigerung, den Eid in der vom Deferenten beantragten Fassung zu schwören, aufzufassen, sondern hierauf richteramtlich auszusprechen, nach welcher Formel der Eid zu leisten sei.

Die Einwendungen des Delaten über die Statthaftigkeit der Eideszuschiebung können, insbesondre zur Ermittlung der zu Grunde liegenden Thatsachen, ein Incidentverfahren veranlassen. Die Entscheidung darüber erfolgt entweder durch einen Zwischenbescheid oder am Schluß des Beweisverfahrens im Haupterkenntnisse [35]).

Wenn der Delat die Erklärung auf eine eventuelle Eideszuschiebung abzugeben versäumt, so ist dessenungeachtet mit der Vollführung des Beweises durch die andern Beweismittel zu verfahren, und nach deren Ergebniß das Erkenntniß zu fassen. Nur wenn gar nichts erwiesen worden, tritt die Annahme der Eidesverweigerung als Folge des Ungehorsams ein [36]).

5) Die geschehene Eideszuschiebung vor der Erklärung des Delaten zu widerrufen, und an deren Stelle andre Beweismittel zu gebrauchen, ist nach dem geltenden Rechte nur innerhalb der Beweistfrist zulässig [37]).

34) S. oben §. 1 Nr. 5.

35) Ist unter den Partheien weder über Statthaftigkeit der Eideszuschiebung (resp. Zurückschiebung) noch über die Eidesformel Streit, und waltet auch von Amtswegen kein Bedenken ob, so ist ein Erkenntniß auf Eidesleistung nicht erforderlich; es kann vielmehr ohne weiteres Anberaumung der Schwörungstagfahrt geschehen.

36) Novelle von 1837 §. 42.

37) Novelle von 1837 §. 41.

III.

6) Der Delat kann vom Deferenten vorgängige Ableitung des Gefährdeeides [38]) mit der Wirkung verlangen, daß im Falle der Verweigerung desselben der zugeschobne Haupteid für geleistet gilt. — Diese Vorschrift ist auch in dem Fall anwendbar, wenn es zur Ableistung eines eventuell zugeschobnen Eides kommt [39]); dagegen wird durch Eidesunfähigkeit des Deferenten die Anwendung gehindert.

7) Im Falle der Delat vor der wirklichen Eidesleistung stirbt, so „gilt der Tod statt des Juraments, mithin wird der Eid pro praestito gehalten," sofern der Verstorbene

a) sich zum Eide nach einer Formel, welche von der nunmehr richterlich festgestellten nicht wesentlich abweicht [40]), schon gerichtlich angeboten hat [41]), entweder in eigner Person oder durch den Sachwalter;

b) seines Orts mit dem Schwure nicht säumig gewesen ist, d. h. die Eidesleistung nicht durch leere Ausflüchte verzögert hat; nebstdem

c) weder seines geführten Lebenswandels wegen [42]),

38) S. hierüber unten §. 6.

39) Sonst könnte der Deferent sich überall durch Vorschlagung eines Zeugen, welcher nichts von der Sache weiß, des Gefährdeeides überheben.

40) Bl. f. RA. Bd. IV S. 317 Nr. 23.

41) Daß der Eid schon richterlich zuerkannt gewesen, wird nicht erfordert. OAGE. vom 20. Dez. 1828 in S. Gutmann contra Vorholzer.

42) Hat die Delatin ausserehlich geboren, so liegt darin kein erhebliches Bedenken gegen ihre Gewissenhaftigkeit; wohl aber in einem Leben als Freudenmädchen.

worüber ein Leumundszeugniß beizubringen, noch sonst [43]) ein erhebliches Bedenken gegen sich gehabt hat; und

d) christlich d. h. in der Genossenschaft christlicher Konfession [44]), und in Zuversicht künftiger Vergeltung gestorben ist.

Vorbereitung zum Tode durch Empfang der Sakramente ist zur Begründung der Annahme christlichen Versterbens nicht erforderlich. Theilnahme am christlichen Gottesdienste, glaubensvolle Aeusserungen z. B. auf dem Sterbebette, Thaten christlicher Gesinnung u. dgl. sind hinreichend konkludente Umstände, worüber indessen die Erben summarischen Incidentbeweis (etwa durch Atteste des Seelsorgers, sonstige Zeugenaussagen, Tagebuchs-Auszüge, briefliche Aeusserungen) zu erbringen haben [45]).

Bei dem Daseyn sämmtlicher Erfordernisse steht es gleichwohl in richterlichem Ermessen, den Erben darüber, was der Verstorbene mit dem Wahrheitseide zu bekräftigen gehabt hätte, die Ablegung des Glaubenseides aufzutragen;

43) Das Nichtseyn sonstiger Bedenken darzuthun, liegt den Erben nicht ob; Sache des Gegners ist es, dergleichen (z. B. Aeusserungen, welche Gewissensskrupel bezüglich der fraglichen Eidesleistung an den Tag legen) anzuführen und zu beweisen; in welcher Beziehung, da es sich hier von einer durch ein neues Ereigniß veranlaßten Beweisführung handelt, der Ablauf der Beweisfrist nicht im Wege steht.

44) Plenarbeschluß des OAG. vom 14. Jänner 1841 (Regb. S. 111 ff.).

45) In der Praxis wurde häufig angenommen, das „christlich Verstorbenseyn" bedürfe keiner besondern Nachweisung, sondern werde überall vermuthet, solange nicht das Gegentheil aus besondern Thatumständen hervorgeht. Bl. f. RA. Bd. IV S. 316 Nr. 19—20. Allein eine solche Vermuthung ist in den Gesetzen nicht begründet, und Stryk, auf welchen Kreittmayr verweis't, fordert auser der bona existimatio noch spectata probitas und illibata conscientia, die positiven Eigenschaften eines vir probus et pius.

tragen; so insbesondre, wenn die Nachweisung eines oder des andern der fraglichen Erfordernisse nicht zur vollen Ueberzeugung gereicht hat.

Fehlt es im gegebnen Falle an einer oder einigen der Voraussetzungen, unter welchen der Tod statt der Eidesleistung gilt, so ist nunmehr die durch Eideszuschiebung versuchte Beweisführung vereitelt, und der Deferent befugt [46]), dem durch ein zufälliges Ereigniß verlornen Beweismittel andre zu substituiren [47]). Den Eid in solchem Falle für verweigert zu halten, ist offenbar unstatthaft [48]), sofern nicht der Verstorbene durch seine Säumniß das Präjudiz fingirter Eidesverweigerung verwirkt hatte [49]).

Uebrigens soll, was in Bezug des Einflusses, welchen der Tod des Delaten äussert, für den Haupteid verordnet ist, „auch bei allen andern von dem richterlichen Auftrage abhängigen Juramenten, so weit sich „obige Requisiten dabei befinden, beobachtet werden" [50]).

IV.

8) „Hat die Zurückschiebung des Eides, zu „Latein: relatio juramenti, Kraft dessen der Deferent „selbst die Wahrheit seiner angeblichen Geschichte beschwören soll, nur bei gegenwärtigem Eide allein statt, und „supponirt nicht nur auf Seite des Referenten die Macht

46) Vgl. hierüber oben S. 37—8.

47) In einem vorgekommenen Falle, in welchem es an der christlichen Konfession des Verstorbenen gefehlt hat und die Substituirung anderer Beweismittel vom Deferenten nicht versucht worden war, ist dem Antrage der Erben, sie zum Glaubenseide über das von ihrem Erblasser zu Beschwörende zuzulassen, von dem obersten Gerichtshofe stattgegeben worden. Bl. f. RA. Bd. VI S. 249.

48) Bl. f. RA. a. a. O. und Bd. II S. 304.

49) Kreittmayr in der Anmerk. lit. h.

50) S. indessen unten §. 3 Nr. 8.

„und Fähigkeit seiner Sache selbst vorzustehen, sondern „auch allezeit eine solche Geschichte, wovon beide Theile „gute Wissenschaft haben können; ausserdem greift die „Relation nicht Platz, und es hat ein solcher Eid, wenn „er allenfalls aus Ungeschicklichkeit zugelassen wird, keine „Wirkung."

Unter der „guten Wissenschaft" wird eignes gutes Wissen — in dem oben zu Nr. 7 erörterten Sinne verstanden. Natürlich muß es auch bei dem Delaten (Referenten) vorhanden seyn können, weil ausserdem schon die Eideszuschiebung unzulässig gewesen wäre.

Eine Aufforderung an den Relaten zur Erklärung über die Annahme des referirten Eides greift nicht Platz; weil er die Ableistung, sofern die Zurückschiebung zulässig geschehen, ohne Verwirkung der Beweisfälligkeit nicht verweigern kann. Hält er die Zurückschiebung für unstatthaft, so mag er auf Mittheilung der gegnerischen Erklärung dem Gerichte seine Einwendungen unaufgefordert vortragen, was eine Incidentverhandlung veranlassen kann.

Ist die Zurückschiebung, weil dem Relaten die gute Wissenschaft von der Sache mangelt, unzulässig geschehen, so tritt gegen den referirenden Delaten das Präjudiz der Eidesverweigerung ein [51]).

51) Bl. f. RA. Bd. I S. 65. Kreittmayr's Aeusserung „so muß er (der Delat) schwören, und es wird die Relation verworfen" — steht nicht entgegen; sie bezieht sich, wie aus der Vergleichung mit dem angeführten Seyfart erhellt, auf das eigenthümliche Verfahren des Sächsischen Rechts, nach welchem die Eideszuschiebung und eben so die Verhandlung über Zulässigkeit der Zurückschiebung dem Interlokute vorhergeht, und in diesem zugleich über die den zugeschobnen Haupteid betreffenden Streitpunkte erkannt wird.

War der Delat in dem richterlichen Dekrete ausdrücklich zur Wahl zwischen Annahme, Zurückschiebung und Gewissens-

Bei der Zurückschiebung kann Delat Modifikationen der vom Deferenten beantragten Eidesformel in Vorschlag bringen, worüber sodann, so wie über etwaige Bedenken in Ansehung der Zulässigkeit der Zurückschiebung, nach gepflogner Incidentverhandlung richterlicher Ausspruch erfolgt. (S. oben §. 1 Nr. 5.)

Die wirkliche Ableistung eines unzulässig referirten Eides soll keine Wirkung haben; liegt aber einmal ein rechtskräftiges Erkenntniß in Mitte, so findet die Anfechtung aus dem Grunde der Unzulässigkeit nicht mehr statt [52]).

„Es kann ferner der zurückgeschobene Eid unter dem „Vorwande, daß man den Beweis auf andere Art machen „wolle, weder von dem Referenten widerrufen, noch von „seinem Gegentheile mehr verweigert oder abgelehnt wer„den."

9) Will Delat sein Gewissen mit Beweis vertreten, so muß er

a) innerhalb der zur Erklärung auf die Eideszuschiebung vorgesteckten Frist den statt der Eidesleistung zu führenden Beweis antreten oder sich dazu Fristerstreckung erbitten. Eine ausdrückliche Erklärung, die Gewissensvertretung zu erwählen, ist nicht erforderlich.

b) Diese stellvertretende Beweisführung ist „lediglich „auf das Faktum, welches hätte beschworen werden „müssen, ohne Einmischung andrer dahin nicht gehöriger „Sachen" zu richten. Durch diese Vorschrift ist aber

vertretung aufgefordert worden, so kann, wenn nach der Erklärung des Delaten für die Relation — diese als unzulässig befunden wird, die Verwirklichung des oben erwähnten Präjudizes nicht stattfinden; es muß vielmehr in solchem Falle, unter Verwerfung der Zurückschiebung, neuer Termin zur Wahl zwischen Annahme und Gewissensvertretung vorgesteckt werden.

52) Kreittmayr in der Anmerk. lit. i.

eine künstliche Beweisführung z. B. Erprobung des Alibi nicht ausgeschlossen [53]). Durch eine solche geschieht keine Einmischung „andrer dahin nicht gehöriger Dinge." Nur muß sie zur Erbringung vollständigen Beweises geeignet seyn (s. unten lit. e). Eine Beweisantretung zum Zwecke der Gewissensvertretung, welche schon vornherein nur Erbringung unvollständigen Beweises erwarten läßt, ist sofort als unerheblich zu verwerfen.

c) Die Zulassung dieses Beweises ist nach dem geltenden Rechte durch Ableistung des Gefährdeeides nicht mehr bedingt [54]).

d) „In dem Beweise selbst hingegen wird allenthal„ben wie sonst verfahren, ausser daß hier weder einen „Gegenbeweis zu führen, noch sich der Eidesdelation „oder Relation dabei zu bedienen mehr gestattet wird." Es kann jedoch ein Gegenbeweis, welcher lediglich die Entkräftung der vom Gewissensvertreter gewählten Beweismittel oder der Prämissen seiner künstlichen Beweisführung bezweckt, nicht zurückgewiesen werden [55]).

e) Nur vollständiges Gelingen des zur Gewissensvertretung unternommenen Beweises ist geeignet, die Stelle der Eidesleistung zu vertreten; eine Ergänzung durch den Erfüllungseid findet nicht statt; „ist der Be„weis nur halb, oder gar nicht gemacht, oder versäumt, „oder wieder darauf renuncirt worden, so wird der Eid „pro recusato gehalten, und es hat die Zurückschie„bung desselben ohnehin nicht mehr statt." — Eines mehr als halb gelungenen Beweises wird in der Gesetzstelle nicht ausdrücklich gedacht; aus der Bestimmung aber, daß die Aufgabe der Gewissensvertretung nur durch einen vollständigen Beweis gelöst werde, ergiebt sich

53) Bayer zu Martin's §. 228.

54) v. Stürzer a. a. O. S. 718.

55) Bayer a. a. O.

die Folge, daß auch ein mehr als halber Beweis die Verwirkung des Rechtsnachtheils der Eidesverweigerung nicht ausschließe.

f) Bei der eventuellen Eideszuschiebung fällt die Gewissensvertretung mit der (direkten) Gegenbeweisführung zusammen, welche der Delat mit der Erklärung auf die primäre Beweisführung des Deferenten anzutreten hat [56]). Der unternommenen Gegenbeweisführung resp. Gewissensvertretung ungeachtet muß hier Annahme oder Zurückschiebung des eventuell deferirten Eides geschehen. Nur wenn — bei gänzlichem Mißlingen der primären Beweisführung — das Ergebniß der Gegenbeweisführung eine vollständige Probe war, wird Delat der Ableistung des eventuell zugeschobenen und acceptirten Haupteides überhoben. Vgl. S. 313 Nr. 14.

V.

10) Die wirkliche Ableistung der zur Entscheidung der Hauptsache zugeschobnen Eide, sie mögen acceptirt oder zurückgeschoben worden seyn, geschieht erst am Schlusse des Beweisverfahrens; damit nicht Eide geschworen werden, welche sich nach dem Ergebnisse der Beweisführung über andre Streitpunkte als überflüssig darstellen. Hat z. B. der Beklagte den Beweis einer Einrede, deren faktischer Grund zur Begründung einer Klage nicht geeignet ist, durch andre Probmittel vollständig geliefert, so wird er von der Klage entbunden, ohne daß die wirkliche Ableistung des über den Klagegrund zugeschobnen, acceptirten oder zurückgeschobnen, Eides stattfindet [57]).

„Besteht der Effekt der wirklich geschehenen Leistung „eines rechtmäßig angebotenen oder referirten Eides „darin, daß für den schwörenden Theil erkannt wird."

56) Debes Beitr. zur Lehre vom Verh. des freiwill. zu den nothw. Eiden §. 6.

57) Debes a. a. O. §. 7.

Die Anwendung dieser Bestimmung setzt voraus, daß die Entscheidung des Prozesses einzig und allein von der Bewahrheitung der Thatsache abhängt, über welche geschworen worden. Ausserdem bewirkt die Eidesleistung nur Entscheidung des besonderen Streitpunktes zu Gunsten des Schwörenden.

„Wenn aber gleichwohl nach der Hand ein begangener Meineid durch ganz neu vorgekommene und vorher „nicht bekannt gewesene Beweise vollständig dargethan „werden kann, so bleibt sowohl bei solchen als andern „dergleichen falschen Juramenten wider den Meineidigen „die Restitution vorbehalten."

Will der Gegner des Schwörenden die Wirkung der Eidesleistung rückgängig machen, so genügt es nicht, die Unwahrheit des Beschwornen darzuthun; er muß beweisen, daß ein Meineid d. h. wissentlich falsch geschworen worden. Dieser Beweis muß durch neu aufgefundne Beweismittel vollständig geführt werden [58]), indem hier Vervollständigung durch den Erfüllungseid unzulässig ist. — Wird der Schwörende wegen dieses Eides später vom Kriminalgerichte des Meineids für schuldig erklärt, so dient dieser Ausspruch, nachdem er rechtskräftig geworden, zu Erbringung des für die fragliche Restitution erforderlichen Beweises.

11) „Wird der angebotene oder referirte Eid ohne „rechtmäßige Ursache rekusirt, oder pro recusato gehalten, so soll der Rekusant nicht nur in der Hauptsache, „sondern auch in alle Kosten und Schäden kondemnirt „werden."

Auch bei dieser Vorschrift ist vorausgesetzt, daß die Entscheidung des Prozesses einzig und allein von dem fraglichen Eide abhieng; indem sonst die Verweigerung

58) Mitbenützung bereits früher (vor der Eidesleistung) gebrauchter Beweismittel findet hiezu nicht statt.

nur auf die Entscheidung des besonderen Streitpunktes wirkt. — Weigerung des Cedenten (S. 285) hat Entscheidung gegen den Cessionar zur Folge.

Inwiefern Unterlassung rechtzeitiger und gesetzgemäßer Erklärung auf eine Eideszuschiebung oder Nichterscheinen des Schwurpflichtigen im Schwörungstermin die Annahme der Eidesverweigerung nach sich ziehe, ist bereits oben vorgekommen. Die ausdrückliche wie die faktische (aus der Nichterklärung anzunehmende) Eidesverweigerung ist unschädlich, wenn rechtmäßige Weigerungsursachen z. B. wegen Unstatthaftigkeit der gegnerischen Eideszuschiebung, vorhanden sind und nicht bereits rechtskräftig auf Eidesleistung erkannt ist.

Erklärt der Schwurpflichtige im Schwörungstermine, nur nach einer von der rechtskräftig festgestellten verschiednen Formel schwören zu wollen, so gilt dies als völlige Verweigerung [59]). Nur Minderung der Summe, auf welche die Eidesleistung gehen soll, ist ihm unverwehrt [60]).

12) Ueber die Berufung gegen Erkenntnisse auf Eidesleistung und in Betreff der Wirkung geleisteter Eide wird unten zu Kap. XV gesprochen werden.

VI.

13) Besteht die Parthei, gegen welche durch Eideszuschiebung Beweis geführt werden will, aus mehrern Streitgenossen, so kann der Eidesantrag nur an diejenigen unter ihnen geschehen, von welchen sich annehmen läßt, daß sie eigne gute Wissenschaft von der Sache haben. Die prozessualische Wirksamkeit dieser Eideszuschiebung an einen oder einige Streitgenossen erstreckt sich aber nicht auf die übrigen, ausgenommen sie betrifft eine Handlung, welche, wiewohl nur vom Delaten vorgenommen, ihren Einfluß doch auf das ganze Rechtsverhältniß

59) Bl. f. RA. Bd. IV S. 336 Nr. 34. S. jedoch Kap. XIV §. 9.

60) Ebd. Nr. 35.

erstreckt, z. B. einen von Einem der Streitgenossen angeblich gespielten Betrug, durch welchen die Errichtung eines Vertrags oder Testaments herbeigeführt worden, dessen Gültigkeit in dem Prozesse von der Streitgenossenschaft verfochten wird [61]). Wenn ferner die Erklärung der Annahme des Eides, welcher nur Einem oder Einigen der Streitgenossen deferirt werden konnte, Namens der ganzen Genossenschaft geschah, so gereicht es sämmtlichen Genossen zum Nachtheile, wenn der acceptirte Eid später nicht geleistet wird. Denn in solchem Falle hat die Genossenschaft eingewilligt, die Entscheidung des Prozesses resp. des fraglichen Streitpunktes von Leistung oder Nichtleistung des Einem oder Einigen von ihnen deferirten Eides abhängig zu machen.

War der Eid sämmtlichen Streitgenossen statthafter Weise zugeschoben worden, so ist ihnen bei theilbarem Interesse unverwehrt, verschiedne Erklärungen darüber abzugeben [62]). Die Eidesverweigerung von Seite eines Theils der Streitgenossen schadet nur diesen, nicht auch den übrigen; so daß in solchem Falle die Entscheidung verschieden ausfällt [63]). Nur bei untheilbarem Interesse nützt die Eidesleistung eines einzigen Genossen auch den übrigen [64]).

Wie bei einer großen Zahl von Streitgenossen eine Eidesleistung durch Einige von ihnen genüge, ist bereits oben zu §. 1 Nr. 2 bemerkt worden.

Was hier von der Eideszuschiebung gesagt ist, gilt auch von der Zurückschiebung an Streitgenossen.

Die Erörterung der besondern Fragen über Eideszu- oder Zurückschiebung an Streitgenossen, so wie über

61) Thilo zum §. 615 der badischen Prozeßordnung.

62) Martin im Magazin für den Prozeß H. 2 S. 235 f.

63) Seuffert im Archiv für civ. Praxis Bd. III. S. 211 f.

64) Martin a. a. O. S. 242.

Eidesleistung durch Vertreter moralischer Personen, kann ein Incidentverfahren veranlassen, über welches die Entscheidung in dem Erkenntnisse auf Eidesleistung erfolgt.

Wo der Eid nicht blos eventuell zugeschoben worden, hat die Bezeichnung der Personen, deren Eidesleistung anerboten wird, sogleich in der Erklärung auf die Beweisantretung zu geschehen.

14) Zur Ableistung des eventuell zugeschobnen Eides, er mag acceptirt oder zurückgeschoben worden seyn, kommt es nur dann, wenn durch die primäre Beweisführung, im Zusammenhalte mit dem etwaigen Gegenbeweise, gar nichts (für den Beweisführer) oder doch nur ein so Geringes erbracht ward, daß sich nicht einmal die Zuerkennung des Reinigungseides rechtfertigt [65]). Bei einem Resultate der Beweisführung, welches die Auftragung des Reinigungseides motivirt, ist auf diesen auch in dem Falle zu erkennen, wenn der Probat, welcher ihn schwören soll, den ihm eventuell deferirten Haupteid nicht acceptirt, sondern zurückgeschoben hatte [66]).

15) Ueber den Fall, wenn es zur Entscheidung des Prozesses auf mehrere Eidesleistungen ankommt, s. unten §. 3 a. E. — Ueber die Vertagung bei temporärer Eidesunfähigkeit des Schwurpflichtigen — s. unten a. E. des Bandes den Zusatz zu Kap. XIII §. 1 nr. 1.

65) Prozeßnovelle von 1837 §. 42. Vgl. oben S. 309 lit. f.

66) Die Bedenken, welche früher den Delaten von dem Erbieten zum eignen Schwören abhielten, können eben dadurch, daß die Beweisführung des Gegners wenig Erfolg gehabt, gehoben worden seyn. — Ohnehin soll es auf den eventuellen Haupteid nur im Falle völligen Mißlingens der primären Beweisführung ankommen. §. 42 der Nov. von 1837. — Andrer Meinung ist Debes a. a. O. § 2.

§. 3.

Vom juramento suppletorio und purgatorio.

I.

Der Erfüllungseid, wodurch ein unvollständiger Beweis ergänzt werden soll, erfordert

1) Erbieten des Beweisführers zur Leistung desselben, und zwar sogleich bei Antretung des Beweises [1]). War der Beweis ursprünglich nur durch Eideszuschiebung angetreten worden, so kann — im Falle einer Aenderung auf dem Grunde neu aufgefundener Beweismittel — mit dem Vorschlage derselben auch das Erbieten zum Erfüllungseide nachgetragen werden [2]).

2) „Soll er (der Beweisführer) halben Beweis [3]) „für sich haben, welcher nicht durch halben Gegen„beweis wieder entkräftet ist; denn in diesem Falle „soll man den Beklagten entweder gleich absolviren, oder „wenn der halbe Beweis auf beiden Seiten gleich ist, „jenen wenigstens vor dem Kläger zum Schwure kom„men lassen."

In dieser Vorschrift sind sehr erhebliche Abweichungen vom gemeinen Rechte enthalten. Nach diesem würde der Eid zur Ergänzung einer gelieferten halben Probe schon durch eine (direkte) Gegenprobe ausgeschlossen werden, welche einigen, jedoch weniger als halben Beweis geliefert hat [4]). Nach der bestimmten deutlichen Vor-

1) Prozeßgesetz vom 17. Nov. 1837 §. 41.

2) Bl. f. RA. Bd. VI S. 201 f. — S. auch oben §. 1 a. E.

3) Kreittmayr bemerkt in der Anmerk. lit. c, es mache keinen Unterschied, ob der halbe Beweis durch Zeugen-Aussage oder auf andre Weise geliefert worden, z. B. durch aufferrichtliches Geständniß, praesumtiones hominis vel simplices juris, durch gemeinen Ruf, comparatio literarum u. s. w.

4) Bei Ziehung des Resultates sind die Ergebnisse des Beweises und des direkten Gegenbeweises zusammenzufassen.

schrift der Gerichtsordnung steht eine solche der Zulassung des Beweisführers zum Ergänzungseide im Allgemeinen[5]) nicht im Wege; nur wenn der halbe[6]) Beweis des Produzenten durch eine (wenigstens) halbe Gegenprobe entkräftet ist, darf nicht auf den Erfüllungseid erkannt werden[7]). — „Wenn der halbe Beweis auf beiden „Seiten gleich ist," wäre nach gemeinem Rechte anzunehmen, daß nichts bewiesen worden, demnach kein Anlaß zu einem nothwendigen Eide vorhanden sei; — nach der Vorschrift der Gerichtsordnung soll man in solchem Falle den Beklagten vor dem Kläger „zum Schwure kommen lassen"[8]).

Zerfällt der Beweissatz in mehrere Glieder oder Bestandtheile, so kann der über eines oder einige derselben vorhandne Beweis nicht dazu dienen, in Ansehung der

5) D. h. vorbehaltlich der richterlichen Erwägung aller Umstände Nr. 8 des gegenw. §en. Wenn dem halben Beweise des einen Theils ein weniger als halber des andern entgegensteht, so kann, es muß nicht auf den Erfüllungseid erkannt werden. Ueber den Fall der Kollision der Aussagen tadelfreier Zeugen mit denen von exceptionsmäßigen — s. oben S. 106 — 7.

6) Um so mehr muß das Gleiche von einem mehr als halbgelieferten Beweise gelten.

7) Kreittmayr's Anmerkungen lit. c suchen diese Besonderheit wieder zu verwischen, können aber, da die Gesetzesvorschrift vollkommen klar ist, nicht beachtet werden.

8) Freilich möchte es, wenn man die Anmerk. lit. k (in den meisten Ausgaben lit. i am Ende) vergleicht, das Ansehen gewinnen, als ob diese Vorschrift, wie die vorige, nur von der Kollision mit einem indirekten Gegenbeweise gemeint sei. Ist diese Voraussetzung richtig, so kann man den Urheber der Gesetzesvorschrift und den Verfasser der Anmerkungen von dem Vorwurfe einer argen Gedankenlosigkeit, einer unbegreiflichen Verwechslung des direkten Gegenbeweises mit dem indirekten — nicht freisprechen.

andern völlig unbewiesenen oder doch weniger als halb bewiesenen, den Erfüllungseid zu rechtfertigen [9]). Jedoch ist im einzelnen Falle zu erwägen, ob sich nicht aus dem Zusammenhalte aller vorliegenden Behelfe auch für die nicht direkt bewiesenen Momente solche Vermuthungen begründen, daß in Ansehung ihrer halber Beweis anzunehmen ist.

3) „Soll die Sache, welche zu beschwören ist, so „beschaffen seyn, daß sie der schwörende Theil allem „Vermuthen nach wohl wissen kann."

Das Gesetz spricht hier nicht von eignem Wissen, schließt die Eidesleistung über fremde Handlungen nicht aus. Da sich nun der Gesetzgeber hier andrer Ausdrücke bedient hat, als in der verwandten Vorschrift über den Haupteid [10]), so ist die Annahme, daß er auch etwas Anderes im Sinne gehabt, den Regeln der Auslegung gemäß [11]). Demzufolge kann der Erfüllungseid zwar nicht

9) OAGE. vom 31. Aug. 1820 in S. Käferstein ca Lorenz. Ist die Zahlung einer Summe für eine gewisse Schuld zu beweisen gewesen, und es wird nur die Zahlung der Summe überhaupt dargethan, so kann der Mangel der causa debendi, sofern nicht andre Adminikula z. B. Vermuthungen, vorhanden sind, durch das jusj. supplet. nicht ergänzt werden. Erk. des AG. für den Rezatkreis vom 20. März 1835 Nr. 434 $^{32}/_{33}$.

10) Nemlich XIII §. 2 Nr. 2.

11) Für diese Annahme liefert auch der Hinblick auf den Summar. Prozeß von 1616 Tit. VII Art. 19 ein sehr gewichtiges Argument. Nach dieser Gesetzstelle mußte es „ein solche Sach seyn, umb welche der jenig, so schwören soll, aller Vermuthung nach, wol wissen kann, und dieselbige durch seine leibliche Sinn erfahren habe." — Dieser letztre Beisatz ist nun bei Redigirung der GO. von 1753 weggelassen worden, welches Weglassen nicht anders, als aus der Absicht, den Sinn zu verändern, gedeutet werden kann. Vgl. Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 36; dessel-

als bloßer Glaubenseid, wohl aber ein Wahrheitseid aufgelegt werden, bei welchem das (allem Vermuthen nach vorhandene) Wissen des Schwörenden nicht gerade auf eigner unmittelbarer Sinnenwahrnehmung, sondern auf Einsicht von Akten, Rechnungen [12]) u. dgl. Urkunden oder auf Zeugnissen andrer Personen beruht [13]). — Handelt es sich von einer nur mittels besonderer Sachkunde wahrnehmbaren Sache, so ist der Erfüllungseid darüber nur unter der Voraussetzung zulässig [14]), daß der Beweisführer die besondre Sachkunde besitzt. — Im Uebrigen kann der Erfüllungseid eben so wenig, als der Haupteid,

ben Hermeneutik und Kritik §. 70. — Die Praxis schwankt; bald folgt sie der hier aufgestellten Ansicht (Bl. f. RA. Bd. V S. 31 Nr. 2 vgl. mit Bd. IV S. 160), bald den Anmerkungen Kreittmayr's (OAGE. vom 2. Juli 1842 Nr. 1302 $^{38}/_{39}$), deren Auktorität aber gegen das bestimmte Resultat wissenschaftlicher Prüfung nichts entscheiden kann. S. Komment. Bd. I S. 22. — Zu wünschen ist, daß recht bald ein Plenarbeschluß des OAG. über diese Zweifelsfrage entscheide.

12) Von dem Eid zur Ergänzung des Beweises durch alte Rechnungen, Saalbücher, Stiftregister u. dgl. in Prozessen über gutsherrliche Rechte s. oben S. 127—31.

13) Insbesondre auch auf Urkunden oder Zeugnissen, welche zwar geeignet sind, volle Ueberzeugung zu begründen, nicht aber, zur Erbringung juristischer Gewißheit wesentlich beizutragen. Z. B. der Beweisführer weiß die Sache aus Aufzeichnungen des Erblassers, dessen ihm bekannte Ordnungsliebe und Gewissenhaftigkeit zur sichersten Bürgschaft dient; welche Aufzeichnungen aber auf der Wage juristischer Probmittel als unbeschworne Zeugnisse und scripturae pro scribente kein Gewicht haben würden.

14) Die Zulassung rechtfertigt sich unter der angegebnen Voraussetzung aus den Gesetzesworten: „Daß sie der schwörende Theil allem Vermuthen nach wohl wissen kann." — Dies gilt z. B. vom Erfüllungseid bei Schätzungen. Vgl. unten §. 4.

geradezu auf das Daseyn von Rechten, oder überhaupt auf das Ergebniß einer Subsumtion unter Rechtssätze[15]), oder auf das Resultat von Schlußfolgerungen gerichtet werden.

„Auch ist keine unehrliche, verrufene, leichtfertige „oder verdächtige Person zu diesem Eide zuzulassen."

Hierunter sind Leute von notorisch verdächtiger Redlichkeit oder gemeinkundiger Sittenlosigkeit[16]) zu verstehen, nicht aber Uneheliche oder Genossen von Gewerben, welche ehemals für verächtlich gehalten wurden; eben so wenig Juden in ihren Prozessen gegen Christen. Der Gesetzgeber hat wohl die Fähigkeit der Juden in Bezug auf das Zeugniß derselben gegen Christen beschränkt; aber analoge Anwendung dieser singulären und odiosen Bestimmung ist unzulässig, und Kreittmayr's Billigung dieser Analogie, als bloße doktrinelle Meinung, ganz unerheblich[17]).

4) „Ein solcher Eid hat in wichtigen Sachen, welche entweder Ehre, Leib und Leben betreffen, oder sonst „nach Gestalt der Umstände und Personen von besondrer „Wichtigkeit sind, niemals statt, ausser wo es dem beklagten Theile zu Gute kommen würde."

Bemerkungen zur Erläuterung dieser Gesetzstelle sind bereits oben S. 9—10 vorgekommen. Auf Klagen, durch welche Beklagter ausserehlicher Schwängerung beschuldigt

15) Ueber den Erfüllungseid beim Beweise der Unvordenklichkeit s. Bl. f. RA. Bd. V S. 256.

16) S. oben S. 72. — Vgl. OAGE. vom 15. Jan. 1830 Nr. 507 $^{28}/_{29}$, — vom 25. Mai 1830 Nr. 23 $^{29}/_{30}$. — Daß die Weibsperson, welche schwören soll, ausserehlich geschwängert worden, berechtigt nicht, sie von Leistung des Erfüllungseides auszuschließen. OAGE. vom 23. Dez. 1829 Nr. 986 $^{28}/_{29}$.

17) Vgl. noch Bl. f. RA. Bd. IV S. 87.

wird, pflegt man diese Vorschrift nicht anzuwenden [18]). Ueberhaupt wird nur selten Gebrauch davon gemacht.

II.

„Der sogenannte Reinigungseid (zu Latein: jura-
„mentum purgatorium) soll sowohl auf Begehren der
„Partheien, als von Amtswegen aufgetragen werden,
„wenn einerseits weder ein vollständiger noch halber Be-
„weis gemacht, oder die Sache etwa wegen eines andern
„Mangels zu obgedachtem juramentum suppletorium
„nicht genug qualifizirt ist, andrerseits aber gleichwohl
„noch ein billiger Zweifel, oder Verdacht gegen den, wel-
„cher den Eid schwören soll, obwaltet."

Auf den Reinigungseid kann nach richterlichem Ermessen auch in dem Falle erkannt werden, wenn zwar der Beweisführer vollständigen oder halben Beweis geliefert hat, dieser aber durch Gegenbeweis, welcher auch in Vermuthungen für das Gegentheil bestehen kann [19]), so weit entkräftet erscheint, daß wider den Gegenbeweisführer nur noch „ein billiger Verdacht oder Zweifel" übrig ist.

Hat der Beweisführer zwar halben Beweis erbracht, es läßt sich aber weder als gewiß noch als wahrscheinlich annehmen, daß er die Sache (in oben bezeichneter Art) wohl wisse, so kann nicht auf den Erfüllungseid, es muß vielmehr auf den von seinem Gegner zu leistenden Reinigungseid erkannt werden.

Die Zulassung zum Reinigungseide ist durch des Schwörenden „Wissen von der Sache" nicht bedingt, dieser Eid kann auch als Glaubenseid aufgetragen werden [20]). Wo nicht eine eigne Handlung oder Wahrneh-

18) Bl. f. RA. Bd. IV S. 93.

19) Kreittmayr in der Anmerk. lit. c: „Durch widrige Präsumtionen oder andern Gegenbeweis."

20) Kreittmayr in der Anmerk. lit. f. OAGE. vom 28. Dez.

mung des Schwörenden in Frage ist, pflegt man sich der Formel zu bedienen: daß er (der Schwörende) weder wisse noch glaube u. s. w. — Es ist nicht ausgeschlossen, den Reinigungseid nach der bezeichneten Formel geradezu auf das Nichtseyn von Rechten, rechtlichen Eigenschaften, rechtlichen Erwerbsarten und Veränderungen u. dgl. zu richten; nur wird hiebei vorausgesetzt, daß dem Schwörenden so viel Einsicht in die Sache zuzutrauen, um überhaupt eine Meinung darüber zu haben und zu äussern [21]).

Hatte der vor Durchführung des Beweisverfahrens gestorbene Gegner des Beweisführers den ihm eventuell deferirten Haupteid acceptirt, so gilt dies für den Fall, daß nach dem Ergebnisse der primären Beweisführung auf den Reinigungseid zu erkennen war, auch als Erbieten zur Leistung des Reinigungseides, wenn nemlich dieser in dem, was zu beschwören ist, mit dem acceptirten Schiedseid zusammentrifft [22]).

III.

„Ist der Reinigungs- oder Erfüllungseid einmal auf-
„getragen worden, so kann derselbe von dem nemlichen
„Richter nicht mehr widerrufen werden, ausser aus er-
„heblichen novis, welche sich erst nach geschehenem Auf-
„trage hervorgethan haben."

Ein solches novum kann auch in dem Umstande liegen, daß der Schwurpflichtige vor der Eidesleistung verstorben und die Sache nicht so gelagert ist, den Eid für geleistet

1825 in S. Geiger c a Weiglein. Vom 24. Nov. 1832 in S. Habelt c a Groß. In letzterem Falle wurde der Reinigungseid dahin aufgelegt: „weder zu wissen noch zu glauben, daß sein Sohn gestorben sei."

21) Es geht daher z. B. nicht an, einen schlichten Landmann über das Nichtseyn einer Immemorialverjährung schwören zu lassen.

22) Bl. f. RA. Bd. IV S. 311 Nr. 24.

geleistet zu achten [23]); ferner in der Aeusserung von Skrupeln oder Vorbehalten, welche der Schwurpflichtige nach der Auftragung des Eides, etwa im Schwörungstermine macht [24]).

„Wenn der Eid wirklich geleistet, oder aus unerheblichen Ursachen verweigert wird, so soll es damit gehalten werden, wie bei dem juramento litis decisorio in solchen Fällen §. praeced. 2 num. 10 und 11 [25]) mit Mehrerem gesagt ist."

Die Leistung des Erfüllungs- und die (nicht gerechtfertigte) Verweigerung des Reinigungseides wirkt Vervollständigung der unternommenen Beweisführung; umgekehrt tritt völlige Entkräftung derselben ein, wenn der Erfüllungseid ohne genügenden Grund verweigert, oder der Reinigungseid geleistet wird. Im Uebrigen s. oben S. 310—11.

IV.

Erscheint es im einzelnen Falle als zweifelhaft, welchem von beiden Theilen der Richter den Erfüllungs- resp. Reinigungs-Eid aufzulegen habe, so soll er

a) zuvörderst die Erfordernisse beider Juramente berücksichtigen, indem natürlich, wenn die Bedingungen des Erfüllungseides ermangeln, nur auf den Reinigungseid erkannt werden kann. Fehlt es an den Vorbedingungen nicht, so kommt es

b) „auf die Umstände der Sache selbst, und die sowohl pro als contra hieraus entspringenden Vermuthungen" an. Insbesondre sind die Vorschriften zu beachten, welche hierüber in Betreff des obschwebenden

23) Vgl. oben §. 2 Nr. 7 mit Bl. f. RA. Bd. VI S. 256.

24) S. oben §. 1 a. E.

25) Auch die neuern Ausgaben der GO. allegiren irrig Nr. 11 und 12.

Verhältnisses in der zur Anwendung kommenden Civilgesetzgebung enthalten sind [26]). Ergiebt sich auch hieraus kein Uebergewicht für den einen Theil, so sind

c) die Eigenschaften beider Partheien in die Waagschale zu legen, ihr Wandel und Leumund, und wer von ihnen, insbesondre auch durch besseres Wissen von der Sache, am glaubwürdigsten sey.

Die Gerichtsordnung spricht auch von der Rücksicht auf „Stand und Würde." Diese Folgerung aus damaligen Sitten und Staatseinrichtungen kann heutzutage nicht mehr gelten. Unsere heutige Staatsverfassung weiß nichts von einer bevorzugten Glaubwürdigkeit der höhern Stände oder der Personen in hohen Würden; eben so wenig ist ein solches Privilegium in der Volksansicht der Gegenwart begründet. Kein Stand ist von der Befähigung zur Theilnahme an der Volksvertretung ausgeschlossen; man würde die verfassungsmäßige Gleichheit vor dem Gesetze verletzen, wollte man von der fraglichen Stelle der Gerichtsordnung zur Wahl zwischen Erfüllungs- und Reinigungseid noch Gebrauch machen.

Eben so wenig, als Stand und Würde, kann die Verschiedenheit der Religion einen Einfluß äussern [27]).

Wenn auf beiden Seiten Alles gleich, ist

d) der beklagte Theil vor dem Kläger zum Schwure zu lassen.

Hat jede von beiden Partheien über eine verschiedne Thatsache Beweis geführt, z. B. der Kläger über die

26) Ueber das Verhältniß des preuß. LR. zur bayer. GO. bezüglich der einen nothw. Eid begründenden gesetzlichen Vermuthungen in Schwängerungssachen. — Bl. f. RA. Bd. IV S. 38.

27) Kreittmayr's in Ansehung der Juden abweichende Ansicht kann nicht zur Richtschnur dienen. Es bedarf einer Gesetzesvorschrift, um eine ungleiche Stellung der Juden bezüglich einer speziellen Frage zu rechtfertigen.

Klage, der Beklagte über eine Einrede, so findet, wenn beide Beweisführungen nur unvollständig gelungen, über jede derselben in Ansehung der Frage, ob auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid zu erkennen, — eine gesonderte Prüfung und Entscheidung statt [28]).

Wird für beide Theile über verschiedne im Verhältnisse von Klage und Einrede stehende Thatsachen auf Eidesleistung erkannt, so ist die Schwörungs-Pflicht in Betreff der Einrede in der Art als eventuell zu bestimmen, daß es erst dann zur Eides-Abnahme kommt, wenn zuvor in Vollzug des Erkenntnisses über die Klage (durch Eidesleistung oder Verweigerung) der Beweis derselben als gelungen feststeht [29]).

Wenn dem Gegner des Vorbeweisführers über beide Streitpunkte, Klage und Einrede, die Leistung eines Eides zuerkannt wird (z. B. in Ansehung der Klage des Reinigungs- oder zugeschobenen, hinsichtlich der Einrede des Erfüllungs- oder zurückgeschobnen Haupteides), so hat diese Zuerkennung in alternativer Form zu geschehen; derselbe ist nur einen von beiden zu schwören verbunden, indem er den Prozeß gewinnt, wenn entweder das Mißlingen der klägerischen Beweisführung, oder vollständiges Gelingen des Einrede-Beweises bewirkt wird.

War der Beweissatz ein alternativ zusammengesetzter und dem Beweisführer ist nach dem Resultate der Beweisführung über mehrere der Glieder Eidesleistung zuzuerkennen, so wird die deßfallsige Auflage alternativ

28) Hiegegen fehlt die am Ende der Anmerk. lit. i mitgetheilte und von Kreittmayr gebilligte Entscheidung.

29) Eine Ausnahme von dieser Regel findet statt, wo die Eidesleistung über die Klage nur eine Modalität, ein Mehr oder Minder der Forderung, hingegen der über die Einrede aufgelegte Eid die Entkräftung der ganzen Forderung zur Aufgabe hat. Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 405.

gefaßt. Dasselbe gilt, wenn es bei einer in Ansehung eines Streitpunktes kumulativ zusammengesetzten Beweis-Aufgabe der Gegner des Beweisführers ist, welchem nach dem Resultate der Beweisführung mehrere Eide über einzelne Glieder des Beweissatzes zuzuerkennen sind [30]). Hat in Ansehung eines Gliedes der einen einzelnen Streitpunkt betreffenden Beweisführung der Probant, in Ansehung des andern sein Gegner zu schwören, so ist die Schwurpflicht des Letztern als eine eventuelle zu bestimmen.

Handelt es sich von dem Erfüllungseide einer Parthei, welche aus mehrern Streitgenossen besteht, so genügt die Eidesleistung derjenigen von ihnen, welche „die Sache allem Vermuthen nach wohl wissen können." — Im Falle von Mehrern, welche schwören sollen, nicht Alle den Eid wirklich leisten, gilt so für den Erfüllungs- wie den Reinigungs-Eid dasselbe, was hierüber für den Haupteid Rechtens ist. S. oben §. 2 Nr. 13. — Von der Eidesleistung durch Anwälte bei dem Daseyn vieler Streitgenossen — s. oben §. 1 Nr. 2.

§. 4.

Vom juramento in litem [1]).

I.

Wenn Jemand, der eine gewisse Sache, zufolge

30) Ist das Gelingen einer Beweisführung durch Nachweisung mehrerer Thatumstände bedingt, so folgt, daß es zur Vereitlung des Gelingens genüge, wenn die Beweisführung nur in Ansehung eines der mehrern Thatumstände durch Eidesleistung des Gegners entkräftet wird.

1) Wirschinger Versuch einer Theorie über das juram. in litem. Landshut 1806. Gesterding Nachforsch. Th. I S. 27 — 44; v. Schröter in der Gießner Zeitschrift Bd. VII S. 356 — 413. Bayer's Vorträge zu Martin's §. 129, 232.

dinglichen Rechts oder einer Forderung, dem Andern heraus- oder zurückzugeben [2]) hätte, die Erfüllung dieser Obliegenheit durch seine Schuld vereitelt, so haftet er dem Berechtigten für Erstattung des Werthes. Zur Bestimmung des Werthsbetrages dient der Schätzungseid (juramentum in litem).

Die Vorschrift der Gerichtsordnung spricht

a) von Restitution einer streitigen Sache. Dies ist nicht so zu verstehen, als ob gerade die Verbindlichkeit zur Herausgabe derselben Gegenstand des Streites seyn müßte; der Streit kann auch das Daseyn des behaupteten Verschuldens, die Verbindlichkeit zur Werths-Erstattung oder nur die Größe des geforderten Ersatzes betreffen.

b) Die Restitution der Sache selbst — in natura — muß sich nicht bewerkstelligen lassen; indem ausserdem dieselbe dem Verpflichteten durch richterliche Hülfe weggenommen wird [3]).

c) Die Vereitlung der Restitution in natura muß ihren Grund in einem Verschulden (dolus oder culpa) des Verpflichteten haben [4]).

d) Der Schätzungseid setzt eine Sache voraus, welche „so beschaffen ist, daß sie keinen gewissen oder gesetzten „Preis hat.“ Er findet daher bei vertretbaren Sachen, insbesondre denjenigen, bei welchen es lediglich auf Zahl, Maaß und Gewicht ankommt, keine Anwendung. Kreittmayr

2) Der vom Gesetz gebrauchte Ausdruck „Restitution“ ist in der allgemeinen Bedeutung aufzufassen, von welcher es im fr. 22 de verb. signif. heißt: „restituere est – possessorem facere.“

3) Kreittmayr in der Anmerk. lit. b.

4) Ist die Sache bei dem Verpflichteten, nach kulposer Verzögerung der Herausgabe, zufällig zu Grunde gegangen, so ist dieser Verlust, hätte der Zufall die Sache nicht auch in den Händen des Berechtigten getroffen, als verschuldet zuzurechnen.

mayr [5]) bemerkt jedoch: Ein Anderes ist es, wenn das Geld etwa in einer raren Medaille besteht [6]), oder der Wein von einem gewissen alten Jahrgang und extraordinär guten Gewächs, oder das Buch von einer besondern Edition und in den Buchläden nicht mehr zu haben ist.

e) Es macht keinen Unterschied, ob der ursprüngliche Berechtigte, oder ein Rechtsnachfolger die Werths-Erstattung fordert; auch dieser wird zum Schätzungseid gelassen.

f) Im Falle die Restitution durch absichtliche Widerrechtlichkeit oder grobes Verschulden des Verpflichteten vereitelt wurde, ist der Berechtigte auf den Affektionswerth zu schwören befugt [7]). Hierin soll eine Strafe des begangnen Unrechts liegen, daher diese Besonderheit gegen die (nicht mitschuldigen) Erben des Schuldigen, wenn nicht schon bei Lebzeiten desselben der Krieg befestigt worden, nicht anwendbar seyn [8]). Uebrigens kann von dieser Befugniß sogar gegen Vater und Mutter Gebrauch gemacht werden [9]).

War das Verschulden des Gegners nur mittleren Grades oder gering [10]), so soll der Kläger nur auf den

5) Anmerk. lit. d.

6) Eine solche kann man nur uneigentlich Geld nennen.

7) Kreittmayr Anmerk. lit. k: „die Eides-Formel in juramento affectionis lautet dahin, daß die Kläger lieber so viel Geld z. B. 1000 Thaler verlieren, als die Sache entbehren wollen.“ Dieser Formel gemäß darf der Schwörende insbesondre das omne id quod interest, die accessorischen Nachtheile und entgangnen Vortheile berücksichtigen.

8) Anmerk. lit. g.

9) Ohne Unterschied der Personen. Anmerk. lit. h.

10) Ueberhaupt nicht culpa lata Ob man bei dem Verschulden, was nicht die Merkmale des groben hat, noch c. levem und levissimam unterscheidet oder diese Unterscheidung verwirft, hat hier keinen Einfluß.

gemeinen wahren Werth der Sache schwören. Dadurch ist ihm nicht abgeschnitten, auch die Erstattung accessorischer Schäden, welche sich in Folge der Entziehung der Hauptsache ergaben, vom Beklagten zu verlangen; aber die Befugniß der Betragsfestsetzung durch den Schätzungseid erstreckt sich hierauf nicht. S. hierüber unten Abschn. II.

g) Unter den angegebnen Voraussetzungen ist dem Kläger vergönnt, sich des Schätzungseides zu bedienen. Eine Gunst wird nicht aufgedrungen, er muß die Zuerkennung beantragen [11]). Dies kann schon im ersten Verfahren geschehen, wenn nemlich die Klage, bei entschiedner Unmöglichkeit der Herausgabe in natura oder doch eventuell für den Fall dieser Unmöglichkeit, auf Werthserstattung gerichtet ist [12]). Es kann aber das Erbieten zum Schätzungseide auch erst im Exekutionsverfahren vorkommen, wenn sich nemlich die Vereitlung der Restitution in natura erst in diesem herausstellte. War im gegebnen Falle auf Beweis des durch die Entziehung der Sache zugegangnen Schadens erkannt worden, so hat das Erbieten zum Schätzungseide, sofern sich der Kläger desselben bedienen will, in der Beweisantretung zu geschehen [13]).

Will der Berechtigte von dem Schätzungseide keinen Gebrauch machen, so kann er die fragliche Nachweisung entweder durch andre Beweismittel unternehmen, oder die

11) OAGE. vom 23. Juli 1828. S. Bl. f. RA. Bd. IV S. 224.

12) In solchem Falle geschieht die Zuerkennung des Schätzungseides, wenn er nach Lage der Sache zulässig, ohne vorgängiges Interlokut. — War über die Entziehung der Sache früher eine Untersuchung anhängig, so geht es nicht an, die in dieser vom Damnifikaten erklärte eidliche Schätzung der entfremdeten Sachen für den jetzigen Civilprozeß als juramentum in litem gelten zu lassen. Bl. f. RA. Bd. V S. 273.

13) Novelle von 1819 §. 12, Novelle von 1837 §. 41.

Festsetzung des Betrages richterlichem Ermessen anheimstellen [14]).

h) Mag auf den Affektions- oder gemeinen Werth geschworen worden seyn, so steht dem Richter, sofern ihm — etwa zufolge Gutachtens vernommener Sachverständigen — der eidlich angegebne Betrag als übermäßig erscheint, das Recht billiger Ermäßigung zu. Dies ist aber nicht so zu verstehen, als ob in dem Falle, wo auf den Affektionswerth geschworen werden durfte, jede Ueberschreitung des gemeinen Werths als Uebermaß angesehen werden könnte. Nur eine exorbitante, offenbar unbillige Ueberschreitung ist zu verwerfen [15]).

i) Wenn einmal der Kläger den beschwornen resp. richterlich festgesetzten Werth erhalten hat, so hat er auf die Sache selbst keinen Anspruch mehr.

k) Besondre Fälle des juramentum in litem sind erwähnt in Kap. XI §. 6 Nr. 6 und §. 12 Nr. 4; ferner im folgenden §. 5 des gegenwärtigen Kapitels [16]).

II.

„Ebenfalls darf in Klagen wegen zugefügter Schä„den, wenn nur die Beschädigung selbst einmal genug „erwiesen ist, und sich dabei ein Betrug oder eine Ge„waltthätigkeit bezeigt, die Größe des dadurch erlittenen „Schadens durch des Klägers Eid erwiesen werden."

Voraussetzungen dieser Anwendung des Schätzungseides (hier jusjurandum Zenonianum [17]) genannt) sind [18]), daß

14) Kreittmayr Anmerk. lit. i.

15) Vgl. oben Note 7.

16) Vgl. auch z. B. Bayer. LR. Th. IV Kap. 2 §. 7 nr. 16 und Kap. 17 §. 6 nr. 1.

17) Const. 9 unde vi (8, 4).

18) Durch Ermanglung sonstiger Beweise ist auch dieser Fall des Schätzungseides nach Bayer. Rechte nicht bedingt.

a) die Beschädigung überhaupt bereits gewiß [19]), und

b) durch eine betrügliche oder gewaltthätige Handlung zugefügt worden ist. Daß die Zufügung materiellen Unrechts vorliegt, reicht nicht hin; die beschädigende Handlung muß auch den Charakter formellen Unrechts, der Hinterlist oder der Eigenmacht, Selbsthülfe, unerlaubten Gewalt, wie sie etwa zur Begründung des interdictum unde vi erforderlich [20]), an sich tragen [21]).

Unter diesen Voraussetzungen kann der Beschädigte verlangen, zur Bestimmung der Größe des erlittenen Schadens — vorbehaltlich richterlicher Ermäßigung, zum Schätzungseide gelassen zu werden [22]).

„Ist aber der Schaden nicht gefährlich oder gewalt„thätig, sondern auf andre Weise geschehen, so soll man „auch die Größe desselben nicht durch den Eid, sondern „durch Zeugen, oder sonst, wie Rechtens ist, beweisen."

Augenschein und Sachverständige sind es vorzüglich, welche zur Lieferung solchen Beweises dienen; worüber

19) Im Falle einer gewaltsamen Besitzentsetzung kann der Schätzungseid auch auf Ersatz der dabei beschädigten oder abhanden gekommenen beweglichen Sachen gerichtet werden, ohne daß über Beschädigung dieser Einzelnheiten besondre Gewißheit erbracht seyn müßte Const. 9 unde vi (8, 4). v. Schröter a. a. O. S. 410 f.

20) S. Komm Bd. II S. 75—6. Hieher gehören vorsätzliche positive Handlungen, auf Vernichten, Zerstören, Verderben oder Beschädigung gerichtet; nicht aber dergleichen Einwirkungen aus Fahrlässigkeit.

21) Wird gegen den Fiskus auf Ersatz des Schadens geklagt, welcher durch Eingriffe der Regierungsgewalt in Privatrechte zugefügt wurde, so handelt es sich zwar von einem Akte der Gewalt, nicht aber formell widerrechtlicher Gewaltthätigkeit. Bei eigenmächtigen Einschreitungen der Finanzbehörden kann dieser Charakter allerdings vorhanden seyn.

22) Die Praxis läßt auch in Bezug auf Schmerzengelder den Schätzungseid zu. Bl. f. RA. Bd. II S. 317.

die oben zu Kap. XII §. 3 vorgetragnen Grundsätze Anwendung finden. Wenn es im Gesetze heißt: man soll die Größe des Schadens nicht durch den Eid beweisen, so will dies nur soviel sagen: nicht durch den blossen Eid des Beschädigten [23]). Sowohl der Erfüllungseid kann hier vorkommen, wenn dessen Vorbedingungen gegeben sind [24]), — als auch in Fällen, in welchen die Bestimmung des zu leistenden Schadensersatzes nach gesetzlichen Vorschriften in richterlichem Ermessen liegt [25]), dem Beschädigten in Ermangelung ausreichender sonstiger Beweise eidliche Bestärkung seiner Schadens-Angabe zur Gewinnung eines weiteren Stützpunktes für das arbitrium von Amtswegen aufgelegt werden darf [26]).

In vielen Fällen ist es nach der Natur der Sache unmöglich, einen genauen vollständigen Beweis des erlittenen Schadens zu liefern; eben deßwegen tritt hier das billige Ermessen des Richters in Wirksamkeit. Dies gilt insbesondre von den Schäden und Früchten [27]), hinsichtlich welcher die Gerichtsordnung IV §. 7 Nr. 6 bestimmt, daß alles

23) Kreittmayr in der Anmerk. lit. n.

24) Handelt es sich z. B. von Beschädigung an Feldfrüchten, so hat es kein Bedenken, den auf Entschädigung klagenden Landmann nach Lage der Sache zum Erfüllungseid zuzulassen.

25) Fr. 4 §. 4 de in litem jurando (12, 3): „Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum constat, sed aestimationem a judice faciendam.“ — Fr. 5 §. 3 eod.: „ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam; haec enim judex aestimat.“ — Fr. 15 §. 9 Quod vi aut clam (43, 24): „Sed quod interfuit, aut per jusjurandum, quod in litem actor juraverit, aut si jurare non possit, judicis officio aestimandum est.“ Vgl. oben S. 259 und Komm. zu Kap. XIV §. 7 Nr. 4.

26) Const. 3 de reb. cred. (4, 1).

27) Auch der Ersatz der Früchte ist Schadensersatz, nemlich Ersatz des durch Entziehung des Fruchtgenusses gestifteten Schadens.

nach der Eigenschaft der Klage Gehörige von Amtswegen zu ersetzen sey [28]).

III.

In der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis kommt noch — auch für andre als Entschädigungsforderungen — der s. g. Quantitätseid [29]) vor, dessen Leistung von Seite des Gläubigers, bei vollständiger Nachweisung der Existenz der Forderung, zur Erprobung des Betrags dienen soll. Manche lassen diesen Quantitätseid zu, wenn auch ausserdem für die Nachweisung des Betrags nicht das Geringste erbracht worden; Andre bedingen ihn durch Lieferung einiger, wenn auch weniger als halben Probe (über den zu beschwörenden Betrag) [30]).

Die Zulässigkeit einer so anomalen Eides-Probe, ausser den gesetzlichen Gränzen des Erfüllungs-, Schätzungs- und nach richterlichem Ermessen zu solchem Zwecke aufzulegenden Eides — wird schon aus dem Standpunkte des gemeinen Rechts mit Grund bezweifelt [31]); der bayerischen Gerichtsordnung [32]) ist dieser besondre Quantitäts-Eid (abgesehen von der speziel-

28) S. hierüber unten Komm. zu Kap. XIV §. 7 Nr. 2, 4.

29) Busch im Archiv für civ. Praxis Bd. XXI S. 206 ff.; Bayer Vorträge zu Martin's §. 190 not. m und §. 232 not. b.

30) Von Stürzer CRV. zu Kap. XIII §. 4.

31) Bayer a. a. O.

32) Wo in dem Civilrechte der Provinz für gewisse Rechtsverhältnisse dem Quantitätseide stattgegeben wird, ist sich natürlich darnach zu richten. So bestimmt das Bayer. LR. Th. IV Kap. II §. 3 nr. 10: „Widersprochne Schuldforderungen müssen zuförderst von dem Kläger bewiesen werden; ist aber solchenfalls Substantia Debiti einmal gnüglich dargethan, kann man den Gläubiger circa quantum bei ermangelnd anderweiter Prob oder Gegen-Prob gestalten Dingen nach zum Schwur kommen lassen."

len Vorschrift Kap. XI §. 3 Nr. 2) unbekannt. Tritt nur überall, wo solches den Gesetzen gemäß, das richterliche Ermessen in Wirksamkeit, so wird sich selten ein Bedürfniß eines dergleichen Auskunftsmittels zeigen. Dies gilt insbesondre auch von Fällen, in welchem eine Vergütung für geleistete Dienste, für gewährte Kost und Wohnung eingeklagt wird. Was hier von dem Kläger über die Beschaffenheit und den Werth seiner Leistungen dargethan wird, mag selten zur Ziehung eines bestimmten Resultates ausreichen; es ist dies aber auch nicht nothwendig; jene Nachweisungen dienen nur zum Anhaltspunkte; zur hauptsächlichen Entscheidungs-Richtschnur aber — das Ermessen eines billigen Mannes (arbitrium boni viri) [33]).

§. 5.

Von dem juramento manifestationis [1]).

Bei Ausantwortung einer Verlassenschaft an die Erben, einer verwalteten Sachengesammtheit an den Eigenthümer, eines überschuldeten Vermögens zur Befriedigung der Gläubiger entsteht nicht selten Streit darüber, ob das zur Ausantwortung Angebotne die auszuantwortende Masse erschöpfe, ob nicht noch mehr und andere Sachen vorhanden seien [2]), welche von dem Pflichtigen zurückgehalten werden. In solcher Sachlage kann dem Pflichtigen unter gewissen Voraussetzungen die Leistung des Manifestationseides angesonnen werden.

Vorausgesetzt wird

33) Vgl. Seuffert prakt. PandR. §. 334. — S. oben Kap. XII §. 3 Note 31.

1) Const. ult. §. 10 de jure deliberandi (6, 30). Langsdorf de juram. manifest. Giess. 1784

2) Oder waren, sofern für das nicht mehr Vorhandne Ersatz zu leisten ist.

a) eine „fremde oder in Anspruch genommene" Sachengesammtheit. Letzteres bezieht sich auf die Ansprüche der Gläubiger auf Befriedigung aus den fraglichen Sachen.

b) Derjenige, dem erwähnter Eid angesonnen wird, muß sich derselben bedient, er muß sich in solcher Weise eingemischt haben, wie es Eigenthümer, Erbsprätendenten, Verwalter zu thun pflegen; er muß, wo es sich von fremden Sachen handelt, in einem solchen Verhältnisse zu der Sachengesammtheit gewesen seyn, welches die Verbindlichkeit zur Errichtung eines Inventars mit sich bringt. Die gesetzliche Vorschrift paßt nicht auf den, welcher sich bloß in der Lage befunden hat, der fremden Sachen sich bedienen, oder davon entfremden zu können, z. B. Dienstboten und Hausgenossen in der Wohnung eines Verstorbnen, bevor Verwandte, Erbsinteressenten oder Gerichtspersonen herbeikommen [3]).

c) Es handelt sich hier nur von Fällen einer ohne Gefährde d. h. ohne widerrechtliche Absicht geschehenen Einmischung in fremde oder als Befriedigungsmittel in Anspruch genommene Sachen. Trägt schon die Einmischung den Charakter der Gefährde, des widerrechtlichen Vorsatzes, so ist der Fall zum Schätzungseide für den Berechtigten geeignet [4]).

d) Der Manifestationseid ist „auf Begehren der interessirten Theile nach vorläufiger Bescheinigung ihres Interesse" aufzutragen. Vollständige Nachweisung der Rechte, zu deren Geltendmachung der Manifestationseid verlangt wird, ist nicht erforderlich [5]).

e) Die Verbindlichkeit zur Leistung des Manifestationseides fällt weg, wenn der Pflichtige ein „legales In-

3) Bl. f. RA. Bd. III S. 349.

4) Kreittmayr Anmerk. lit. b.

5) Anmerk. lit. c, d.

ventar" vorlegt. Die Errichtung des Inventars muß auf eine Weise geschehen seyn, welche dessen Treue und Vollständigkeit verbürgt [6]). Die gesetzlichen Bestimmungen über Inventarisation bei Verlassenschaften und Vormundschaften dienen für diese Fälle zur Richtschnur und auch für andre zum Anhaltspunkte.

f) Nach Kreittmayr's Anmerk. lit. f lautet die Formel des Manifestationseides so: „Daß er z. E. von „dem an sich gebrachten Vermögen, Erbschaft, Gütern, „Intraden, weßhalb derselbe gerichtlich belangt wurde, „mehr als was in seiner ad acta übergebnen Spezifikation „enthalten ist, nicht gefunden habe, und im Falle sich mit der „Zeit noch etwas dahin gehöriges bezeigen, oder ihm beifallen würde, er dieses ebenfalls ohne den mindesten „Vorbehalt anzeigen solle."

Es unterliegt keinem Bedenken, diese Formel nach Bedürfniß des einzelnen Falles z. B. zur Verhütung der Mentalreservationen sachgemäß zu modifiziren [7]).

g) „Im Falle er (der Pflichtige) sich aber dessen „ohne erhebliche Ursache weigert, so hat das juramentum „in litem gegen ihn statt" [8]).

6) Kreittmayr Anmerk. lit. e, wo beigefügt ist: „es sei denn, daß darin (im Inventar) ein und anderes ausgelassen und hinterschlagen worden zu seyn ziemlicher Verdacht vorhanden sey, in welchem Falle der Gegentheil non obstante inventario ad juratam specificationem getrieben werden kann. Vgl. Bayer. LandR. Th. III Kap. I §. 18 Nr. 19. Doch muß man in einem solchen Falle die indicia der vermuthlichen Hinterschlagung und Verfälschung des Inventariums beibringen."

7) Ist eine Sache lange Zeit bei den Obergerichten liegen geblieben, so kann sich durch mittlerweile eingetretne Veränderung der Umstände das Bedürfniß einer Modifikation ergeben.

8) Welches jedoch für den Fall nicht paßt, wenn nach erfolgloser Exekution der Schuldner, oder nach ausgebrochner Gant der Gemeinschuldner den Manifestationseid schwören

Als Beispiele erheblicher Weigerungsursachen bezeichnet Kreittmayr die gesetzliche Befreiung des Vaters von eidlicher Bestärkung der Auszeigung des Mutterguts; das Verbot der Inventarisation von Seite des Erblassers, soweit solches wirksam ist; — die Nachweisung des Vermögensbestandes durch andre Mittel z. B. beweiskräftige Zeugen oder Urkunden.

h) Besondre Grundsätze gelten von dem Manifestationseide, welcher dem Gemeinschuldner nach erkanntem Universalkonkurse (nicht schon im Präliminarverfahren) [9]), und unter gewissen Voraussetzungen auch ausser dem Falle der allgemeinen Gant [10]) angesonnen werden kann. S. hierüber unten Kap. XVIII §. 3, 13, 14 u. Kap. XIX §. 20.

§. 6.

Von dem Eide vor Gefährde oder dem juramento calumniae.

Die Prozeß-Novelle vom 22. Juli 1819 verordnet im §. 7:

„Die Bestimmungen der Gerichtsordnung Kap. XIII „§. 6 über die Kalumnien-Eide sind aufgehoben; der „Eid vor Gefährde hat künftig nur in nachfolgenden „zwei Fällen statt: 1) wenn derjenige, welchem der „Haupteid zugeschoben ist, von seinem Gegentheil „vorher die Abschwörung des Eides vor Gefährde „verlangt [1]); 2) bei dem Rechtsmittel der Wieder„einsetzung in den vorigen Stand nach Maaßgabe „der Gerichtsordnung Kap. XVI §. 1 Nr. 2.“

soll. Bl. f. RA. Bd. III S. 320. Näheres hierüber unten zu Kap. XVIII und XIX.

9) Bl. f. RA. Bd. VII S. 225.

10) Bl. f. RA. Bd. I S. 145; Bd. II S. 187; Bd. III S. 320.

1) Dem Delaten, der den Eid zurückschiebt, kann die Leistung des Gefährdeeides nicht zugemuthet werden. Bl. f. RA. Bd. IV S. 90.

Hierüber ist zu bemerken:

1) Durch diese Vorschrift sind auch die Bestimmungen der Gerichtsordnung Kap. VI §. 16 Nr. 5 und Kap. IX §. 11 über Nachweisung der Fristenverlängerungs-Ursachen durch Leistung des Kalumnien-Eides — ausser Wirkung gesetzt worden [2]), indem dieselben nur spezielle Anwendungen der allgemeinen Bestimmung des vorliegenden §. 6 (Kap. XIII) Nr. 2 über den Gefährdeeid bei Fristverlängerungsgesuchen enthalten, und mit der Aufhebung einer allgemeinen Vorschrift auch deren Folgesätze wegfallen [3]). — Das neueste Prozeßgesetz verordnet im §. 35:

„Die Bewilligung eines dritten und ferneren Ge-
„suches darf nur stattfinden wegen bewiesener
„unverschuldeter Hindernisse."

Der Abgeordnete Frhr. v. Holzschuher hatte den Zusatz „oder allenfalls eidlich zu erhärtender" beantragt. Nachdem aber vom Regierungskommissär ausgeführt worden, daß dieser Zusatz dem §. 7 der Novelle von 1819 widerstreite und nichts weniger als zweckmäßig sey, verwarf die Kammer denselben [4]). — Nach dem geltenden Rechte kann daher, wo es sich vom Beweise der Fristverlängerungs-Ursachen handelt, der Eid des die Verlängerung Suchenden — nur unter den Voraussetzungen des Ergänzungseides zugelassen werden [5]).

2) Die Vorschrift des §. 6 Nr. 5, wornach man insbesondre den Vertretern des Fiskus den Gefährde-Eid ohne

2) Andrer Meinung ist Gönner im Kommentar S. 111—13. — S. auch Bl. f. RA. Bd. VII S. 139—41.

3) Thibaut civil. Abhandl. S. 108—30; vgl. Seuffert prakt. PandR. §. 4.

4) Verhandl. der Kammer der Abg. von 1837 Bd. IX S. 343—50. (Moritz Real-Commentar S. 361—3.)

5) Vgl. Komment. Bd. II S. 275 Note 25.

ohne besonders erhebliche Ursache nicht zumuthen soll, ist bezüglich des vom Deferenten eines Haupteides zu leistenden Gefährde-Eides auch heutzutage noch in Uebung [6]). — Auch die in §. 6 vorgezeichnete Formel des speciellen Gefährdeeides wird noch beibehalten [7]).

§. 7.

Von dem juramento promissorio.

In Bezug auf eidliche Versprechen „wird dem Eide in foro externo niemals soviel Kraft beigelegt, daß derselben aus ungültigen Handlungen gültige, aus verbotnen zulässige, aus widerruflichen unwiderrufliche machen, oder sonst die Natur und Eigenschaft der Sache verändern kann, sondern es soll die Haupthandlung selbst, wie sie immer Namen haben mag, allezeit bleiben, wie sie ist, folglich auch Niemand seine ihm dagegen zukommenden vermeintlichen Einwendungen und Rechtswohlthaten unter dem Vorwande des beigefügten Eides benommen seyn."

Aus Kreittmayr's Anmerkungen zu diesem §en ist die Aeusserung hervorzuheben, daß „sich auch eine beschworne Schuld-Verschreibung keineswegs ad viam executivam et mandatum sine clausula qualifizirt, wenn sie nicht sonst schon dazu genugsam qualifizirt ist." — Die eidliche Bestärkung hindert den Schuldner nicht, sich mit dem Einwande des nicht gezahlten Geldes zu schüzzen [1]) oder die Einrede der Kompensation zu gebrauchen, ebensowenig ein Moratorium [2]) zu suchen oder die Wohl-

6) Bl. f. RA. Bd. III S. 254.

7) Bl. f. RA. a. a. O.

1) Ist die eidliche Bestärkung später geschehen, so liegt darin eine Anerkennung, welche die exc. n. n. p. ausschließt. Vgl. Const. 4, 14 §. 1 de non num. pec. (4, 30).

2) Vgl. unten Kap. XVIII §. 12.

that der Kompetenz [3]) in Anspruch zu nehmen. — Auch die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird durch das geleistete juramentum promissorium nicht ausgeschlossen. Ueber die Ungültigkeit von Vergleichen, welche Personen, die ihrer selbst nicht mächtig sind, mit eidlicher Versicherung eingegangen haben — s. unten Kap. XVII §. 1 Nr. 4.

3) Vgl. unten Kap. XVIII §. 10.

Vierzehntes Kapitel.

Von der richterlichen Entscheidung des Streites.

Vierzehntes Kapitel.

Von der richterlichen Entscheidung des Streites.

§. 1.

Was und wie vielerlei die Sentenz sei.

Den prozeßleitenden Dekreten (Ladungen, Mittheilungen, Benachrichtigungen) — stehen die Entscheidungen gegenüber[1]), von welchen die Gerichtsordnung sagt:

„Der richterliche Ausspruch über die streitige Sache „geschieht auf zweierlei Weise; denn entweder wird „die Hauptsache selbst dadurch entschieden, und der

1) Martin im Lehrbuch §. 106: „Richterliche Dekrete im Allgemeinen sind — Verfügungen oder Anordnungen eines Richters in einer Rechtssache, an eine ihm als Richter unterworfene Person gerichtet. Dergleichen giebt es in einem Rechtsstreite in Rücksicht des Inhalts bald entscheidende (sententiae, Decisiv-Dekrete oder Erkenntnisse Bescheide, Urtheile), sie mögen die Hauptsache selbst oder nur einen Nebenpunkt entscheiden; bald aber leiten sie nur den Gang des Rechtsstreites..... Sämmtliche prozeßleitende Verfügungen..... bekommen ihrem Inhalte nach die besonderen Namen: Ladungen oder kommunikativ, oder notificirende Dekrete."

„Beklagte zum Theil, oder ganz absolvirt, oder kon„demnirt, und dieses heißt ein Endbescheid, Ur„theil und Erkenntniß, zu Latein: sententia de„finitiva, — oder der Richter spricht nicht über die „Hauptsache selbst, sondern nur über einen Incident„oder Nebenpunkt, und dann heißt es ein Vorbe„scheid [2]), Beiurtheil oder Interlokut."

Nach dem geltenden Rechte sind

1) auch alle Zwischenbescheide, ja selbst die einfachen prozeßleitenden Dekrete fähig, die Kraft einer Sentenz d. h. die Wirksamkeit des formellen Rechts zu erlangen, indem das Versäumniß der rechtzeitigen Verwahrung die Rechtskraft des einfachen Dekrets oder des Zwischenbescheids zur Folge hat [3]). Der Unterschied besteht nur darin, ob gegen die richterliche Verfügung selbstständige Berufung an den Oberrichter zulässig ist oder nicht. Regel ist, daß wegen einfacher Dekrete und Zwischen-

2) Dieser Ausdruck wird vorzugsweise von Verfügungen gebraucht, durch welche einer Parthei, etwas beizubringen, aufgelegt wird. Vgl. z. B. Komment. Bd. II S. 35, 55, 86, 205, 253, 279—80; insbesondre bezüglich solcher Punkte, deren Berücksichtigung dem Richter von Amtswegen obliegt.

3) Prozeßgesetz von 1837 §. 53 Nr. 3 vgl. §. 51. — Die in vorliegendem §. 1 aufgestellte Eintheilung der sententia interlocutoria in simplex und mixta, vim definitivae habens mag zur Bezeichnung der größeren oder minderen Wichtigkeit für den Ausgang der Sache immer noch beibehalten werden; insofern sie aber die der Rechtskraft fähigen und die derselben unfähigen Verfügungen einander entgegensetzen soll, sagt sie der neuesten Gesetzgebung nicht mehr zu. — Im Schlußsatze des §en wird unter „interlocutoria simplex" eine richterliche Verfügung verstanden, welcher nicht Vernehmung beider Theile vorhergegangen ist. — Ueber das Besondre, was von solchen Verfügungen auch jetzt noch gilt, s. oben Nr. 2.

bescheide keine (selbstständige) Appellation stattfinde. Das Nähere hierüber unten zu Kap. XV §. 3.

2) Beschlüsse, welchen nicht Vernehmung beider Theile [4]) über den Gegenstand des Beschlusses vorhergegangen ist, können von demselben Richter auf Remonstration d. h. Darlegung des zugefügten Unrechts von Seite des Benachtheiligten, zurückgenommen oder modifizirt werden [5]). Es muß aber, wenn

a) der fragliche Beschluß die Eigenschaft eines, selbstständige Berufung nicht zulassenden, einfachen Dekrets oder Zwischenbescheides hat, die Remonstration innerhalb der zur Verwahrung dagegen offnen Frist geschehen, und, um für den Fall der Erfolglosigkeit der Remonstration die künftige Beschwerdeführung zu sichern, auch rechtzeitig Verwahrung eingelegt werden [6]). — Wo es indessen ohnehin Aufgabe der nächsten durch das fragliche Dekret hervorgerufenen Prozeßhandlung ist, alle etwa sich darbietenden Einwendungen gegen den Inhalt der gemachten Mittheilung oder hinsichtlich der Einleitung des Ver-

4) Hat der eine Theil der Aufforderung zur Vernehmlassung nicht entsprochen, so kann man nicht sagen, daß er nicht vernommen worden.

5) GO. XIV §. 9 pr. nr. 1; Prozeßgesetz von 1837 §. 55. — Die Remonstration kann nur da zur Abhülfe dienen, wo die richterliche Verfügung eine Beschwerde zufügt, nicht aber zum Vortrage von Restitutionsgründen gegen einen den Rechten gemäßen Beschluß. Gegenvorstellungen solcher Art sind Restitutionsgesuche, und richten sich nach den für diese geltenden Grundsätzen. Vgl. Bd. II S. 227—8.

6) Prozeßgesetz von 1837 §. 53 Nr. 3. Z. B. eine Prozeßschrift war zu spät eingereicht, und deßwegen um Restitution gebeten worden, welche der Richter, ohne den Gegner zu hören, sofort bewilligt. Gegen diese Bewilligung findet Remonstration statt, aber nur innerhalb der für die Verwahrung bestimmten 14tägigen Frist, und ohne — für den Fall der Erfolglosigkeit — rechtzeitiger Verwahrung zu überheben.

fahrens darüber prozeßordnungsmäßig vorzutragen, da bedarf es der Verwahrung innerhalb 14 Tagen nicht, und die Remonstration geschieht rechtzeitig, wenn sie in dem durch das Dekret anberaumten Termine resp. innerhalb der darin vorgesteckten Frist vorgetragen wird [7]).

Ist b) die ohne vorgängige beiderseitige Vernehmung erlassene Verfügung ihrem Inhalte nach zur Anfechtung im Wege selbstständiger Berufung geeignet, so muß

α) in dem Falle, wenn sich durch die auf einseitigen Antrag erlassene Verfügung der Antragsteller für beschwert hält, die Remonstration innerhalb der für die Berufung offnen Frist geschehen, und für den Fall ihrer Erfolglosigkeit, um das Rechtsmittel der Berufung nicht zu verlieren, auch diese innerhalb der gedachten Frist eventuell ergriffen werden [8]). War es hingegen

β) der durch die Entscheidung Beschwerte, welcher über den Gegenstand der Entscheidung [9]) noch nicht gehört worden, so ist zwar im Allgemeinen keine Frist vorgezeichnet, innerhalb welcher die Remonstration geschehen müßte. Aber es kann auf diese, und damit auch auf die davon abhängige Berufung, sowohl ausdrücklich als still-

7) Z. B. die Remonstration gegen das den Exekutivprozeß einleitende Dekret — in der Tagfahrt zur Vorlage und Anerkennung resp. eidlichen Ableugnung der Urkunde; eben so die Remonstration gegen Verfügungen auf eine Beweisantretung — in der über diese abzugebenden Erklärung. Bl. f. RA. Bd. V S. 395. — Wer sich jedoch vor den Folgen möglicher Mißdeutung des Gesetzes sichern will, wird auch in diesen Fällen die Frist von 14 Tagen, Verwahrung einlegend, einhalten.

8) Das gilt von den Fällen der Zurückweisung einer Klage a limine. Bl. f. RA. Bd. VI S. 315.

9) Z. B. über den Provisionalantrag, welchem ohne Vernehmung des Imploraten stattgegeben worden.

schweigend verzichtet werden [10]). Ein stillschweigender Verzicht ist anzunehmen, wenn der zur Remonstration Befugte eine Prozeßhandlung, welche die Wirksamkeit der ohne seine Vernehmung erlassenen Verfügung voraussetzt, entweder selbst vornimmt, oder deren Vornahme ohne Einspruch geschehen läßt. [11]). — Besondre Grundsätze gelten von den wegen Mangels der Citation unheilbar nichtigen Urtheilen (Sentenzen); s. hierüber unten Kap. XVI §. 2.

§. 2.

Von dem Schlusse der Sache vor der Entscheidung.

„Jede Sache, welche förmlich entschieden werden „soll, muß hinlänglich dazu instruirt und entweder von „den Partheien selbst, oder von Amtswegen geschlossen „seyn."

Kreittmayr bemerkt zur Erläuterung dieser Vorschrift: jeder Theil müsse mit seiner Nothdurft, so viel wenigstens den zu entscheidenden Punkt betrifft, genüglich gehört seyn. Die Verschiedenheiten der Prozeßart, des Stadiums der Verhandlung, des Gegenstands der Entscheidung, des Inhalts und der Beschaffenheit der Par-

10) Vgl. GO. XIV §. 11 pr., XV §. 10.

11) Z. B. eine Berufung gegen ein Beweisinterlokut ist, weil die Einreichung nach dem Präsentatum als verspätet erschien, als desert zurückgewiesen worden. Der Appellant, welcher über die Richtigkeit des Präsentatum noch nicht gehört war, kann diesen Beschluß, wenn er die rechtzeitige Einreichung z. B. durch ein Rezepisse zu zeigen im Stande ist, im Wege der Remonstration anfechten. Bl. f. RA. Bd. VI S. 73, Bd. VII S. 289. Aber diese Remonstration muß, um die Annahme des Verzichtes auszuschließen, vor Ablauf der von Verkündung des oberrichterlichen Erkenntnisses laufenden Beweisfrist eingereicht werden. — Ueber Remonstrationen (Einwendungen) gegen unbedingte Mandate s. Bd. II S. 204.

thei=Erklärungen bestimmen in den einzelnen Fällen die Modalität der „hinlänglichen Instruktion," durch welche der Schluß der Sache bedingt ist [1]). Daß jedem Theile Gelegenheit gegeben war, sich über den Gegenstand der bevorstehenden Entscheidung in zwei Wechselsätzen auszusprechen, ist selbst in dem regelmäßigen (ersten) Verfahren nicht immer erforderlich [2]); bei Incidentverhandlungen über einzelne Streitpunkte genügen häufig [3]) einmalige Erklärung und Gegenerklärung [4]). — Sache des richterlichen Prozeßleitungsamtes ist es, zu prüfen, ob die Verhandlung zur Entscheidung reif sey. Auf eine ausdrückliche Erklärung der Partheien, zum Spruche zu submittiren, kommt es nicht an. Eben so wenig ist es wesentlich, daß von Seite des Richters, vorgängig dem Urtheile, ein besondrer Ausspruch über den Aktenschluß erfolge. Indessen pflegt der Aktenschluß am Ende einer Protokollarverhandlung durch die Eröffnung, daß demnächst das Urtheil ergehen werde [5]), und bei Mittheilung des letzten Satzes einer schriftlichen Verhandlung durch die Nachrichtsertheilung, die Akten seyen nunmehr zum Erkenntniß ausgesetzt, ausgesprochen zu werden. — Gegen diesen Ausspruch kann Verwahrung eingelegt und auch remonstrirt werden. S. oben §. 1 Nr. 2 lit. a.

1) Anmerk. lit. a.

2) Komment. Bd. II S. 261 f.

3) D. h. wo die Sache dadurch erschöpft wird.

4) Ueber den Fall der Präklusion der Gegenerklärung — Komment. Bd. II S. 223.

5) Die Vorschrift des §. 2 Abs. 2 der Novelle von 1819, nach welcher am Schlusse der Protokollarverhandlung sofort Tagfahrt zur Urtheilsverkündung angesetzt werden sollte, ist durch §. 64 der Nov. von 1837 auser Kraft gesetzt. — Ueber das, was hierüber im mündlichen Verhör gilt — s. §. 11 der Novelle von 1837. Vgl. Komment. Bd. II S. 29.

„Nach diesem Schlusse soll keine weitere Handlung „mehr zugelassen werden, ausser was die privilegirten „Beweismittel per evidentiam facti, oder Kurfürstliche „Interessesachen und causas domini betrifft, oder wo „sich erhebliche, vorhin nicht bekannt gewesene nova her„vorthun, oder die Partheien selbst causa non satis in„structa voreilig beschließen, oder der Richter sonst noch „zu seinem Unterrichte mehr Auskunft nöthig hat."

Ueber die richterliche Thätigkeit in Betreff privilegirter Beweismittel s. oben Kap. XII §. 3—5. — Von den Besonderheiten derjenigen Rechtssachen, in welchen ein Staatsinteresse obwaltet, wird unten in §. 4 des gegenwärtigen Kapitels die Rede seyn. — Daß erhebliche nova zu neuer Verhandlung Anlaß geben, ist natürlich. — Ob die Verhandlung zur Entscheidung reif, hat der Richter, wie bemerkt, von Amtswegen zu prüfen; die Submission beider Partheien kann ihm hierin die Hände nicht binden. Kommt in dem Duplikſatze eine wahre Duplik (Einrede gegen die Replik des Klägers — Komment. Bd. II S. 265) vor, so ist der Kläger, ungeachtet beide Theile bereits zum Spruche submittirt, zur Triplikhandlung aufzufordern. Eben so kann zur Hebung von Mißverständnissen, wenn nemlich der eine Theil die Behauptungen und Erklärungen des andern unrichtig aufgefaßt und in Folge dessen eine unpassende Antwort gegeben hat, — zur Aufhellung der in einzelnen Punkten minder deutlichen Vorträge [6]), zur Hebung des Schleiers, in welchen Unbeholfenheit im Ausdruck und in der Darstellung das wirklich Vorgebrachte gehüllt hat — unter Aufhebung des Aktenschlusses die Fortsetzung der Verhandlungen verfügt werden, wobei zugleich die Dunkelheiten, deren Aufklärung, die Mißverständnisse, deren Beseiti-

6) Natürlich nur da, wo nicht nach §§. 19 und 21 der Novelle von 1837 die undeutliche Erklärung als Zugeständniß aufzufassen ist.

gung, die Widersprüche, deren Hebung — zur Feststellung der Streitpunkte noth thut, hervorzuheben sind [7]). — Wiederaufhebung des Aktenschlusses kann auch geschehen, um Vorlagen in Betreff des Legitimationspunktes oder zur Beseitigung dilatorischer Einreden [8]) oder von allegirten Urkunden [9]) anzuordnen, oder um Vor- oder Bei-Akten — etwa zur Erhebung eines Gerichts-Notorium [10]) — zu adhibiren und die Erklärungen der Partheien über deren relevante Stellen zu erholen, oder Behufs der Ausübung der richterlichen Befugniß zur wiederholten Befragung der vernommenen Zeugen [11]), oder zur Fragestellung an die Partheien [12]), — überhaupt um früher versäumte Handlungen der richterlichen Prozeßleitung nachzuholen.

Wenn es am Schlusse des §en heißt:

„Ausserdem soll man mit dem Endbescheide verfahren, und alle weiteren unnöthigen interlocutiones oder Provisionalverordnungen unterlassen"

so sind damit die leider nicht seltenen Ersetzungen und Zwischenverfügungen gemeint, welche keinen andern Zweck haben, als den Akt für einige Zeit aus der Tabelle zu entfernen [13]).

§. 3.

Von Inrotulirung und Ergänzung der Akten.

„Sowohl bei hohen als niedern Gerichten sollen über „die Akten richtige Renner und Register, in Sachen von

7) Bl. f. RA. Bd. IV S. 244 f., 269 f.

8) Komment. Bd. II S. 249, 253.

9) Komment. Bd. II S. 244.

10) Komment. Bd. III zu Kap. XII §. 5.

11) S. oben S. 105—6.

12) S. oben 91—2.

13) v. Stürzer CGV. S. 729.

„großer Wichtigkeit aber vor der endlichen Entscheidung „auf Begehren ein ordentlicher rotulus darüber verfaßt, „derselbe von den anwesenden Theilen oder Prokuratoren „im Beiseyn des Richters oder des Kommissärs unter„schrieben, das Abgängige, soviel immer möglich und zur „Entscheidung nöthig ist, ergänzt, sodann sämmtliche Ak„ten numerirt, zusammengeheftet und in Pergament ein„gebunden werden."

Unter Renner wird ein Verzeichniß sämmtlicher Aktenstücke mit fortlaufenden Zahlen verstanden; derselbe soll zugleich die Eigenschaft eines Registers haben, d. h. auf die Zahlen der Akten-Folien verweisen, wo die verzeichneten Aktenstücke zu finden sind. Der in Sachen von großer Wichtigkeit auf Begehren zu fertigende ordentliche rotulus unterscheidet sich vom Renner und Register nur durch die Beiziehung der Partheien resp. Anwälte zur Kontrolle der Richtigkeit und Vollständigkeit [1]).

Um etwaige Abgänge zu ersetzen, sind die Partheien verbunden, ihre Manualakten vorzulegen [2]).

Das Einbinden in Pergament ist nicht mehr üblich. Auch das Zusammenheften wird in mehrern Kreisen unterlassen; welche Unterlassung, da sie Entwendungen, Verschleppungen und sonstiges Verlieren einzelner Aktenstücke erleichtert, von der höchsten Aufsichtsbehörde nicht geduldet werden sollte.

„Man soll die Akten den Partheien und Interessen„ten, so oft sie es verlangen, in Gegenwart des Aktuars „oder Registrators, jedoch allezeit mit Removirung der „dabei befindlichen Relationen, oder der von den Dika„sterien erstatteten Berichte [3]) zur Einsicht vorlegen."

1) Die Vorschriften der §. 25—7 der Novelle von 1819 über Akten-Inrolutation wurden durch den Landtagsabschied von 1831 III, 9 wieder aufgehoben.

2) Kreittmayr in der Anmerk. lit. b.

3) Nach Vorschrift des §. 28 der Novelle von 1819 sollen auch

Eine Erläuterung dieser Vorschrift findet sich oben S. 169 — 70, wozu auch S. 175 Nr. 7 zu vergleichen ist.

Die Gerichte sind nicht verbunden, den Advokaten von gerichtlichen Erkenntnissen oder andern Aktenstücken durch deren Schreiber Abschrift nehmen zu lassen [4]).

§. 4.

Kommunikation der Akten ad cameram vor der Entscheidung in Kurfürstlichen Interessesachen.

Die Vorschrift dieses §en, nach welcher in Sachen [1]), in denen das Staats-Interesse „mit einschlägt," die geschlossenen Akten vor der wirklichen Entscheidung der betreffenden Verwaltungsbehörde zur Erinnerung vorzulegen sind, bezieht sich nicht auf fiskalische Prozesse, an deren Verhandlung der Fiskus ohnehin als Hauptparthei oder Intervenient Theil nimmt [2]); sondern auf Rechtssachen unter andern Personen, bei welchen das Staats-Interesse auf Lehensherrlichkeit oder Grundherrschaft, oder auf einem Verhältnisse der Staats-Hoheit beruht [3]). Dieselbe gilt daher in Rechtsstreiten der Königlichen Vasallen und Staats-Grundholden, welche auf das Lehen resp. das grundbare Gut Bezug haben [4]); in Prozessen der unter

die Entschließungen und Aufsätze, welche rein disciplinäre und correctionelle Verfügungen betreffen, ausgeschlossen seyn.

4) DAGE. vom 11. Febr. 1831 Nr. 297 30/31 (Bl. f. RA. Bd. II S. 296; v. Stürzer CGV. S. 731).

1) In dem beschleunigten Verfahren des mündlichen Verhörs findet diese Vorsicht keine Anwendung.

2) Vdng. vom 23. April 1799 und 17. März 1800 (Novellen-Sammlung Bd. I S. 263).

3) v. Stürzer CGV. S. 733.

4) Vgl. Reskr. vom 23. August 1788 (Nov. Samml. Bd. I S. 262).

unmittelbarer Kuratel der Regierung stehenden [5]) Stiftungen für Kultus, Unterricht oder Wohlthätigkeit [6]), in Prozessen der Pfarrer und Benefiziaten über Vermögen, Einkünfte und Lasten des Benefiziums [7]); in Rechtsstreiten darüber, ob ein Grundstück ein walzendes oder Pertinenz eines Guts-Komplexes sey [8]); in Rechtssachen, bei welchen die Landes-Gränzverhältnisse zur Sprache kommen [9]).

Wo die Voraussetzungen der hier zu erörternden Bestimmung gegeben sind, genügt es nicht, der betreffenden Verwaltungsbehörde am Anfange des Prozesses von demselben nach Vorschrift des Kap. VIII §. 4 Nr. 5 Kenntniß zu geben; vielmehr besteht das Privilegium des Staates [10]) gerade darin, daß, ungeachtet einer solchen etwa bereits früher stattgefundnen Benachrichtigung, vor Erlas-

5) Nicht in Prozessen derjenigen Stiftungen, welche von der Regierung selbst oder von Gemeinde-Beamten verwaltet werden; eben so wenig in Prozessen der Gemeinden selbst. Vgl. v. Stürzer a. a. O. S. 734 mit Komment. Bd. II S. 94—5. Auch in Ansehung der Universitäten, für welche aus der Mitte der Professoren eigene Verwaltungs-Kollegien bestehen, findet diese Vorschrift keine Anwendung.

6) Vdng. vom 26. Juni 1769, 9. Juli 1791, 2. Aug. 1792 und 11. Mai 1793 (Nov. Samml. S. 265—8). Auch in solchen Prozessen, bei welchen eine dergl. Stiftung nur als Grund-Lehen- oder Zehentherr betheiligt ist. Vdng. vom 6. Dez. 1808 (Regb. S. 2815, IX).

7) Vdng. vom 30. Jänner 1811 (Regb. S. 193). Just. Minist. Reskr. vom 11. Juli 1835.

8) „Weil das Kameral-Interesse der Praestandorum halber, wo „nicht directe, doch indirecte darunter versirt." Vdng. vom 17. Sept. 1763 (Nov. Samml. Bd. II S. 216).

9) Reskr. vom 7. Febr. 1834 in v. Spieß Samml. S. 62.

10) Andre Lehen- und Grundherrn haben sich dieses Privilegiums nicht zu erfreuen. Bl. f. RA. Bd. VI S. 240.

sung einer jeden zu selbstständiger Berufung geeigneten[11]) Entscheidung Einsicht der geschlossenen Akten, zum Zwecke einer Erinnerung gewährt werden muß. Je nachdem ein finanzielles oder ein hoheitliches Interesse andrer Art obwaltet, wird die betreffende Finanz[12])- oder Regierungs-Behörde[13]) zur Ausübung des fraglichen Rechtes eingeladen. — Die Akten werden der Verwaltungsbehörde bei dem Prozeßgerichte, oder, wenn die zur Einsichtnahme befugte Behörde ihren Sitz an einem andern Orte hat, bei dem Gerichte dieses Ortes, an welches auf Antrag die Uebersendung geschieht, zur Einsicht innerhalb vorgesteckten Termines vorgelegt[14]). — Wenn in der fiskalischen resp. Regierungs-Erinnerung circa factum etwas neues

11) GO.: „es sey nun um eine definitivam oder vim definitivae habentem zu thun." — Es gilt dies so von Erkenntnissen erster, wie zweiter Instanz; nicht aber von denen der dritten.

12) Ein Reskript des K. Justizministeriums vom 5. Juni 1837 (an das AG. des Rezatkreises) spricht aus: „Die Abgabe der lehenherrlichen Erinnerungen, welche als eine prozessualische Handlung zu betrachten ist, hat nicht sowohl durch die Kreisregierung als solche, sondern vielmehr durch das Kreisfiskalat zu geschehen, welches erforderlichen Falles die Genehmigung der Kreisregierung resp. der einschlägigen Staats-Ministerien zu erholen hat." — In andern Fällen pflegt nicht das Fiskalat, sondern die betreffende Regierung (resp. Oberberg- Oberzoll- u. dgl. Administration) zur Abgabe der Erinnerung aufgefordert zu werden.

13) Es kann dies auch ein Ministerium seyn, wenn der Gegenstand unter dessen unmittelbarer Respizienz steht.

14) Prozeß-Novelle von 1819 §. 10. — Von der Frist zur Einsichtnahme ist die zur Abgabe der Erinnerung verschieden. v. Stürzer bemerkt, es pflege bei Vorsteckung dieser Fristen Anfangs kein Präjudiz angedroht zu werden; im Falle der Verzögerung aber auf Anrufen einer Parthei werde die Abgabe der Erinnerung binnen gewisser Zeit unter der Verwarnung angesonnen: „daß angenommen würde, man habe nichts zu erinnern."

neues vorkommt, so soll unter Aufhebung des Aktenschlusses die Gegenparthei darüber vernommen werden. Die abgegebne Erinnerung soll „bei der Relation nicht nur, „ehe man zum Votiren schreitet, abgelesen, sondern auch „der Gebühr nach justizmäßig attendirt werden.“ —

Wurde in einem gegebnen Falle die Einholung der Erinnerung der zuständigen Verwaltungsbehörde unterlassen, so kann von Seite derselben die ergangene Sentenz als nichtig angefochten werden [15]). Aufhebung von Amtswegen durch das Obergericht, an welches die Akten gelangt sind, findet aus diesem Grunde nicht statt; es wird vielmehr die abgehende Erinnerung nur nachgeholt, und der Verwaltungsbehörde die Anfechtung anheimgestellt. — Eben so wenig begründet eine solche Versäumniß die Nichtigkeitsklage für die Hauptpartheien des Rechtsstreits [16]).

§. 5.

Von Verschickung der Akten an unpartheiische Universitäten und Rechtsgelehrte.

„Das sogenannte beneficium transmissionis actorum soll, wie bisher, so auch in Zukunft weder auf Begehren der Partheien, noch von Amtswegen statt haben. Desgleichen sollen die richterlichen Anfragen höherer Orten von Amtswegen in bloßen Justiz- und bürgerlichen Partheisachen unterlassen werden, mithin jede Obrigkeit gleichwohl selbst hierin verfügen, was ihrer Pflicht gemäß ist, und sie sich zu seiner Zeit vor Gott und der höhern Obrigkeit zu verantworten getraut.“

Anfragen zur Konstatirung eines Notorium oder über Thatsachen, von welchen die Bestimmung des anzuwendenden Gesetzes abhängt, z. B. über frühere Territorialverhältnisse eines Dorfes, sind dadurch nicht ausgeschlossen.

15) Vgl. hierüber unten Komment. zu Kap. XVI §. 2.

16) Bl. f. RA. Bd. III S. 96.

§. 6.

Wer die Sentenz gebe, und wie die Stimmen dabei zu zählen sind.

„Wenn das gewöhnliche Gericht nicht in einer Person allein, sondern in mehrern Stimmen besteht [1]), so sollen

1) bei der Abfassung des Urtheils [2]) wenigstens so viel Votanten vorhanden seyn, als die Ordnung und Observanz eines jeden Gerichts mit sich bringt."

Vgl. hierüber das im Komment. Bd. I S. 222—4 Vorgetragene.

1) Was hierüber von den Landgerichten gelte, s. im Komment. Bd. I S. 223.

2) Bei Kollegialgerichten muß (abgesehen von Verhandlungen des mündlichen Verhörs) jeder Bescheid durch Kollegialberathung geschöpft werden. Ob dagegen selbstständige Berufung zulässig oder nicht, macht hierin keinen Unterschied. Als Bescheid ist auch jede Abschlagung oder Bewilligung eines Fristverlängerungs- oder Terminverlegungs-Gesuchs, jeder Kontumazialausspruch, jede Androhung eines im Gesetze nicht allgemein vorgesehenen resp. durch besondre Beschaffenheit z. B. urkundliche Begründung der Partheivorträge bedingten Präjudizes — anzusehen. — „Durch Signate der Proponen„ten unter Kontrole und Beistimmung der Vorstände ohne „Vortrag im Senate sollen nur diejenigen Entschließungen „vor sich geh'n, welche dem gewöhnlichen Geschäftsgange, „oder der Prozeß-Instruktion gemäß ohne besonderen „Nachtheil für die Betheiligten und ohne besonderes Bedenken „erlassen werden können." Vdng. vom 10. Sept. 1816 (Moritz III, S. 203). — Durch Signat kann wohl das Präjudiz Nr. 2 des §. 18 der Prozeßnovelle von 1837, nicht aber das Präjudiz Nr. 1 angedroht werden. Jenes entspricht dem gewöhnlichen Geschäftsgange, dieses enthält einen besonderen Nachtheil. — Dem Geiste der neuesten Gesetzgebung, nach welcher selbst einfache Dekrete Rechtskraft erlangen können, ist eine genaue Beobachtung jener Vorschrift angemessen. Vgl. übrigens Komment. Bd. I S. 223 — 4, insbesondre Note 40.

2) Nach erstattetem Vortrage ist zu fragen, ob Jemand noch Aufklärungen aus den Akten bedürfe. Wenn diese gegeben sind, so ist zu fragen, ob ein Gerichtsmitglied Gründe für die Meinung des Referenten habe, die von diesem nicht vorgebracht sind. Nach deren Anhörung haben diejenigen Mitglieder, die andrer Meinung sind, als der Referent, diese nebst den Gründen abzugeben, und erst wenn diese von allen Seiten erwogen sind, ist zur Abstimmung zu schreiten, die sodann ganz kurz seyn kann. Sind mehrere selbstständige Punkte zu entscheiden, so ist über jeden in dieser Art zu verfahren [3]).

3) „Was die mehrern Stimmen geben, dabei soll es bleiben." — Bis zur Verkündung ist Reproposition und Abänderung zulässig. S. unten §. 9. — „Wenn aber

4) die Stimmen auf beiden Seiten gleich sind, so gibt der Präsident, oder Jener, welcher den Vorsitz, oder das Recht die Stimmen zu sammeln hat, mit der seinigen den Ausschlag. Bezeigt sich endlich

5) in votando eine solche Discrepanz, daß in der Hauptsache selbst drei, vier, oder mehrerlei Meinungen heraus kommen [4]), so dürfen die Stimmen, die nicht durchaus übereinstimmen, nicht zusammengerechnet wer-

3) Königl. Resk. vom 2. Febr. 1830 lit. C. Nr. 6. — Diese zweckmäßige Vorschrift wird leider vernachlässigt, indem Erledigung möglichst vieler Nummern mehr erstrebt wird, als gewissenhafte Erwägung der einzelnen Rechtssachen nach allen Seiten. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 244. Auch der §. 9 Art. VII der Hofrathsordnung („Sollte der Vorstand aus den nachfolgenden Stimmen solche Beweggründe und Umstände vermerken, die in den vorgehenden widrigen Meinungen nicht berührt worden sind, so soll er von neuem Umfrage halten") — wird aus Eilpost-Rücksichten häufig ausser Anwendung gelassen.

4) Z. B. A. will 2000 fl., B. 1500, C. 1000, D. 800 zuerkennen.

den [5]), sondern, wo keine Meinung auch nur eine relative Mehrheit für sich hat, macht der Vorstand, indem er einer Meinung beitritt, majora" [6]).

§. 7.

Wie die Sentenz abgefaßt werden solle.

„Zu einem förmlichen und rechtlichen Bescheide gehören folgende Stücke:

1) „Soll derselbe schriftlich abgefaßt, und nicht nur „des Richters [1]) und beider Partheien, oder der ad acta „legitimirten Anwälte Namen, sondern auch mit kurzen „Worten die Streitsache selbst und ihre Erledigung darin „enthalten seyn."

Das Erkenntniß auf den Namen der Anwälte zu stellen, ist nicht gebräuchlich.

Unter der Erledigung wird der Inhalt des Beschlusses verstanden, welchen der Bescheid ausspricht. Die Erledigung kann über eines der mehrern Fundamente eines Anspruchs [2]), ferner in Bezug auf Einreden und Neben-

5) Wäre diese Zusammenrechnung zulässig, so müßte in dem angeführten Falle der Schluß auf 1000 fl. gezogen werden, weil drei Stimmen, da in majori minus enthalten, auf diese Summe zusammentreffen.

6) Indessen ist vor der Ziehung des Schlusses der §. 9 Art. VII der Hofrathsordnung in Vollzug zu bringen: „Sollte sich in den Stimmen eine solche Diskrepanz bezeigen, die schwerlich oder gar nicht zu kombiniren seyn möchte, so solle er von neuem Umfrage halten, und sie auch nach Gutbefinden öfters wiederholen."

1) Die Ausfertigung wird, wie bei richterlichen Dekreten überhaupt, von dem Gerichtsvorstand und einem Sekretär, Aktuar oder andern für Aktuariats-Geschäfte verpflichteten Subalternen unterzeichnet.

2) Z. B. Es wird eine Klage auf Leistung der Kirchenbaupflicht a) auf das Patronat des Beklagten, b) auf Immemorialver-

leistungen auch durch Stillschweigen kundgegeben werden; indem übergangne Einreden als verworfen[3]), unerwähnte Verzugszinsen als abgesprochen, und Prozeßkosten, von welchen das Endurtheil schweigt, als kompensirt gelten[4]). S. auch unten Nr. 3 dieses §en. Waren bereits im Vorverfahren Urkunden vorgelegt und vom Gegner anerkannt worden, so enthält das über deren Inhalt erfolgende Beweisinterlokut stillschweigend den Ausspruch, daß die vorgelegten Urkunden zu Erbringung des obliegenden Beweises nicht genügen.

Der Ausdruck „zu Recht erkennen" wird gemeinhin nur bei Haupt- und solchen Zwischenerkenntnissen gebraucht, gegen welche (in appellablen Sachen) selbstständige Berufung stattfindet. — In Zwischenbescheiden andrer Art bedient man sich der Worte: „Beschließen, Verfügen, zum Bescheid ertheilen u. dgl."

Es ist (zumal bei mehrgliederigen Erkenntnissen) an-

jährung gegründet. Wenn nun das Erkenntniß nur eine Beweisauflage über die behauptete Unvordenklichkeit enthält, ohne des Patronats zu erwähnen, so ist der Klagegrund lit. a stillschweigend verworfen. Dagegen kann die Uebergehung eines von mehrern Klageposten nicht als Verwerfung gelten; hier kann nachträgliche Erledigung des Uebergangnen begehrt werden. S. §. 9.

3) Dies gilt nicht blos von dilatorischen, sondern auch von peremtorischen Einreden, sofern nemlich in der Hauptsache verurtheilt oder auf Beweis erkannt wird. S. jedoch unten §. 11 II. — Handelt es sich von Einreden, deren Fundament auch zu Begründung einer Klage dienen könnte, so ist der richterliche Ausspruch jederzeit in die Dispositivworte aufzunehmen, damit, wenn später aus demselben Faktum geklagt werden wollte, über Daseyn und Umfang der Rechtskraft kein Zweifel obwalte. Vgl. Bl. f. RA. Bd. I S. 127.

4) GO. Kap. XVII §. 4 Nr. 4. Uebergehung des Kostenpunktes in einem Zwischenbescheide gilt als Suspendirung. Bl. f. RA. Bd. V S. 275.

gemessen, die Urtheilsworte in der Form direkter Rede abzufassen.

2) „Soll der Richter mit dem Bescheide über die in „den Akten enthaltenen petita, soviel das objectum „litis in der Hauptsache selbst betrifft, nicht hinausgehen, „und anders, oder auf mehr erkennen.“

Eine ausführliche Erläuterung dieser Vorschrift findet sich in Bd. I des Kommentars S. 306 — 12.

Kreittmayr äussert in der Anmerk. lit. b: „Der Richter ist diesfalls eben nicht an das Klaglibell gebunden, sondern wenn das petitum nur aus den übrigen Akten erscheint, so kann er keck darauf sprechen, ohngeachtet die Klage vielleicht gar nichts, oder ein ganz anderes davon besaget, welches auch der Text in leg. 18 Dig. de commun. divid. mit den Worten: ultra id quod in judicium deductum est, potestas judicis excedere non potest, deutlich im Munde führt, weil das judicium eben nicht in dem Klaglibell allein, sondern in actis integris bestehet, folglich sich auf alles, was darin entweder expresse oder tacite, realiter vel virtualiter et consecutive enthalten ist, nothwendig erstrecken muß.“

Die Anwendung dieser Lehre muß insoweit beschränkt werden, als sie mit den von der Klag-Aenderung geltenden Grundsätzen im Widerstreite steht [5]). Hat freilich der Gegner keinen Einspruch gegen die Aenderung der Klagbitte gethan oder steht deren Zulässigkeit durch einen rechtskräftigen Zwischenbescheid fest, so fällt die durch jene Grundsätze gezogene Schranke weg. — War die Klage auf Herausgabe einer Sache gerichtet, so kann, wenn sich in den Verhandlungen die vom Beklagten verschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe gezeigt hat, statt derselben, nach einer späteren Bitte des Klägers oder auch ohne diese auf Leistung des Interesse erkannt wer-

5) Vgl. Komment. Bd. II zu Kap. IV §. 13.

den; indem der Antrag auf Leistung des Interesse in dem auf Herausgabe der Sache selbst — für den Fall der Vereitlung dieses Zweckes — „virtualiter et consecutive“ bereits enthalten war [6]). — Hat der Kläger auf Zuerkennung des Rechtes geklagt, aus dem Bronnen des Nachbars Wasser zu schöpfen, so war damit zugleich um Zuerkennung der Befugniß gebeten, über das Grundstück des Nachbars bis zum fraglichen Bronnen zu gehen, oder die Oeffnung des Hofraumes, in welchem sich der Bronnen befindet, zu verlangen [7]). — Im Zweifel über den Umfang einer Klagbitte ist die dem Kläger günstigere Deutung zu Grunde zu legen [8]).

Kreittmayr lehrt a. a. O.: es unterliege keinem Bedenken, das als Darleihn Eingeklagte zuzuerkennen, wenn sich aus den Verhandlungen ergeben hat, daß Beklagter die fragliche Summe dem Kläger ex deposito schulde. Dieser Ansicht kann nur insofern beigepflichtet werden, als dabei lediglich eine Berichtigung der juristischen Bezeichnung des Klagegrundes gemeint ist [9]); wohingegen, wenn die Verhandlungen ein von dem klägerisch angeführten wesentlich verschiedenes Sachverhältniß

6) Vgl. unten Nr. 4 dieses §en und oben Kap. XIII §. 4.

7) Vgl. fr. 11 commun. praed. (8, 4); fr. 10 de serv. praed. urb. (8, 2); fr. 3 §. 3 de serv. praed. rust. (8, 3).

8) Fr. 66 de judiciis (5, 1); fr. 172 §. 1 de reg. juris. Vgl. Hefftter Institut des Civilproz. S. 233, wo bemerkt ist: „es liege im richterlichen Amte, Anträge, die sich auf den Prozeßgang beziehen, wenn sie nicht ganz der Ordnung gemäß seyn sollten, nach der vermuthlichen Absicht der Parthei, und wie es die Sache mit sich bringt, zu verbessern.“ — Vom richterlichen Amte in Bezug auf minder bestimmte Behauptungen — Bl. f. RA. Bd. III S. 239.

9) Daß auch Kreittmayr es nicht anders gemeint, dürfte aus den Worten: „als etwa nur in genere actionis, medio concludendi, oder sonst in jure dabei gefehlet wird“ — zu schließen seyn.

ergeben haben, nicht Verurtheilung des Beklagten, sondern Abweisung der Klage einzutreten hat [10]).

Bei Erkenntnissen auf geführten Beweis ist kein Gewicht darauf zu legen, daß die Ergebnisse der Beweisführung von dem Inhalte des Beweissatzes bei voller Gewißheit der Identität der Thatsache — in Nebenumständen abweichen, welche in letzteren nur enunciative, der mehrern Deutlichkeit oder des Zusammenhangs wegen, oder offenbar zum Ueberflusse aufgenommen wurden. Ward aber statt der zu beweisenden Thatsache eine ganz andere, wenn gleich unter denselben Rechtsbegriff passende oder dieselbe Rechtsfolge erzeugende, dargegethan, so hat der Beweisführer die Aufgabe des Interlokutes nicht gelöst, und das Urtheil muß so gefällt werden, als ob gar nichts bewiesen sey [11]).

Beantragt der Beweisführer nach geschlossenem Beweisverfahren Zuerkennung des Erfüllungseides, so wird dadurch der Richter, welcher den Beweis als vollständig gelungen erkennt, nicht gehindert, sofort definitiv zu Gunsten des Beweisführers zu urtheilen [12]).

„In causa accessoria, und soviel nemlich die Zinsen, Früchte, Schäden, Kosten und Zugehörungen, und

10) Bl. f. RA. Bd. V S. 238 Note 1.

11) Nicht die allgemeinen Merkmale des Rechtsbegriffes sind Aufgabe der Beweisführung, sondern die individuellen Merkmale des konkreten Falles, welcher darunter subsumirt werden soll. — Bl. f. RA. Bd. V S. 300. Eine Anwendung dieses Grundsatzes auf Beweisführungen über Aeusserungen einer Person z. B. bei Injurienklagen — Bl. f. RA. Bd. I S. 8.

12) Jedenfalls war der Antrag auf ein günstiges Enderkenntniß schon früher in den Akten vorgekommen, und ist auch in dem auf Zuerkennung des Erfüllungseides virtualiter et consecutive enthalten. Nebstdem ist es verboten, auf einen unnöthigen Eid zu erkennen. Cap. 2 X de probat. (2, 19). — Vgl. Bl. f. RA. Bd. IV S. 401 ff.

in summa alles, was von der Hauptsache selbst ex natura institutae actionis fließt oder abhängt, betrifft, hat der Richter keine gebundne Hände, sondern kann allerdings darauf sprechen, wenn gleich in den petitis völlig davon abstrahirt wird" [13]).

Das hierüber dem Richter eingeräumte Ermessen umfaßt auch, wenn die Liquidation des Berechtigten kein zuverlässiges Resultat geliefert hat, die Festsetzung des Betrags dieser Nebenleistungen, indem er in dieser Beziehung, etwa durch Vernehmung von Sachverständigen, von Amtswegen Erhebungen zu pflegen, und nach Billigkeit etwas Gewisses zuzuerkennen hat [14]).

3) „War man bis jetzt gewohnt, die Sentenz bedingt mit der angehängten Clausel: Es sey denn, daß „dieses oder jenes hinlänglich bewiesen wer„den könnte, abzufassen, welche Clausel man aber „künftig zu unterlassen, und wo es nöthig ist, den Par„theien den Beweis nur mit dem Anhange, daß als„dann nach Gestalt der Dinge weiterer Be„scheid erfolgen werde, unter Anberaumung eines „gewissen peremtorischen Termins aufzutragen hat."

Die Urtheilsformel, deren Gebrauch die Gerichtsordnung hier verbietet, war besonders in Fällen üblich, wo der Beklagte, bei eingeräumtem oder bereits erwiesenem Klagegrunde, eine illiquide Einrede entgegengesetzt hatte [15]). In solchen Fällen wird jetzt des Klagegrundes in den Dispositivworten des Erkenntnisses nicht erwähnt [16]), in-

13) Kreittmayr in der Anmerk. lit. b. — S. jedoch Komment. Bd. II S. 150, VI.

14) S. unten Nr. 4, insbesondre Note 38.

15) Hier war die Erkenntnißformel üblich: Beklagter ist zu zahlen schuldig, es sey denn er könnte — das (speziell anzugebende) Faktum der Einrede — beweisen.

16) Hier liegt also in dem Stillschweigen eine Anerkennung des nichterwähnten Anspruchs.

dem diese lediglich die Beweisauflage bezüglich der illiquiden Einrede mit dem Beisatze enthalten: worauf weiter ergehen wird, was Rechtens [17]).

Hat der Beklagte zunächst auf Freisprechung von der Verbindlichkeit zur Einlassung auf die Klage angetragen, und es liegt sonach am Schlusse des Verfahrens [18]) nur eine bedingte (eventuelle) Einlassung vor, so ist überall, wo die entgegengesetzte gerichtsablehnende oder prozeßhindernde Einrede sich nicht zur Verwerfung [19]) eignet, nicht in der Hauptsache zu erkennen, sondern unter Anwendung der zu Kap. VI §. 3 und 11 vorgetragenen Grundsätze [20]) der Ausspruch auf das, was hinsichtlich der Einrede Rechtens, zu beschränken. Dasselbe gilt für die dem klagenden Ausländer entgegengesetzte Einrede der fehlenden Kaution [21]), nicht minder, sofern nicht nach der Eventualmaxime sofortige Beifügung des Erkenntnisses in der Hauptsache als angemessen erscheint [22]), für präjudizielle und einfach dilatorische Einreden. Ungeeignet ist es im Hinblick auf die eventuell bereits geschehene Ein-

17) Von Erkenntnissen auf Eidesleistungen, von welchen die eine nur eventuell (bedingt) aufgetragen wird — s. oben zu Kap. XIII §. 3.

18) Es handelt sich hier insbesondre auch von denjenigen Fällen, in welchen der Richter sein Prozeßleitungsamt in dem Dekret auf die Klagbeantwortung gehörig zu bethätigen versäumt hat. S. Komment. Bd. II zu Kap. VI §. 11.

19) D. h. nicht zur Verwerfung in der Eigenschaft einer privilegirten Einrede. Komment. Bd. II S. 248.

20) Komment. Bd. II S. 245—50, 261—3.

21) Komment. Bd. II S. 247 Note 6.

22) Komment. Bd. II a. a. O. und S. 144, 249. Diese Beifügung ist insbesondre angemessen, wo nur — zur Beseitigung der Voreinrede — die Beibringung eines gerichtlichen Zeugnisses, eines Pfarrbuch-Auszugs, einer Vollmacht oder andern dgl. Urkunde aufzutragen ist.

lassung, sich in solchen Fällen der Urtheilsformel zu bedienen: „Beklagter ist sich auf die Klage einzulassen nicht verbunden“ [23]). Vielmehr ist, wo nicht ein Zwischen- resp. Vorbescheid erlassen wird, auszusprechen: „die Klage findet nicht statt“ [24]) — nach Umständen mit dem Beisatze: „hierorts [25]), angebrachtermassen [26]) oder zur Zeit;“ oder: „Beklagter wird (unbedingt [27]) oder in angegebner Weise bedingt) [28]) von der Klage entbunden.“ — Eben so ungeeignet ist im Falle der Verwerfung einer der eventuellen Einlassung vorausgeschickten (gerichtsablehnenden, prozeßhindernden, präjudiziellen oder einfach dilatorischen) Einrede — der Gebrauch der Urtheilsformel: „Beklagter ist sich einzulassen verbunden“ [29]); vielmehr ist

23) Diese auf die Zukunft gestellte Formel spricht aus, der Beklagte sey nicht gehalten, etwas zu thun, was er wirklich — wiewohl unter Verwahrung — schon gethan hat, daher auf keinen Fall erst künftig zu thun hätte. — Dazu kommt noch, daß — abgesehen von gerichtsablehnenden Einreden — die bezeichnete Formel den Vorschriften der §§. 24, 28 der Prozeßnovelle von 1837 nicht gemäß ist. — Am unpassendsten wäre aber der Gebrauch dieser Urtheilsformel, wo die Klage deßwegen abgewiesen wird, weil es ihr an dem rechtlichen Grunde fehlt, oder das in der Klage Angeführte zur Begründung nicht hinreicht. S. unten Note 32.

24) Gleichbedeutend ist: „die Klage wird abgewiesen.“ Vgl. Komment. Bd. II S. 179 — 80.

25) Zur Bezeichnung der Abweisung von diesem Gerichte oder von den Gerichten überhaupt.

26) So insbesondre, wenn der Klagvortrag mangelhaft war. Komment. Bd. II a. a. O.

27) So wenn eine exceptio litis finitae vollbewiesen und unentkräftet vorliegt. Vgl. Komment. Bd. II a. a. O.

28) Z. B. zur Zeit — bei erwiesener exceptio spolii. Komment. Bd. II S. 76—7.

29) Die Einlassung ist eventuell bereits geschehen; daher ist es

hier zu erkennen: „die Voreinrede wird verworfen und die eventuelle Einlassung für unbedingt erachtet," und hiemit sofort das Erkenntniß in der Hauptsache zu verbinden. Wenn das unerhebliche Vorbringen des Beklagten, auf dessen Grund er zunächst Befreiung von der Einlassung beantragte, keine Einrede im wissenschaftlichen Sinne[30]) ist, sondern nur ein Widersprechen eines Bestandtheils der Klagbegründung oder eine Ausführung angeblichen Ungrundes der Klage, so ist die Verwerfung stillschweigend[31]) — durch Uebergehung in der Urtheilsformel — auszusprechen[32]).

Muß eine Klage abgewiesen werden, weil das zu ihrer Begründung Vorgetragene dazu nicht geeignet ist oder nicht hinreicht, so ist diese Abweisung durch den Beisatz „angebrachtermassen" nur unter der Voraussetzung[33]) zu beschränken, daß der Richter nicht blos eine bestimmte klare Vorstellung darüber, mit welcher Verbesserung oder Ergänzung die Klage erneuert werden könne, sondern auch besondre Gründe hat, anzunehmen, die dazu erforderlichen Thatumstände seyen wirklich vor-

ungeeignet, eine auf die Zukunft gestellte Formel zu gebrauchen.

30) Komment. Bd. II S. 241—2.

31) Die stillschweigende Verwerfung kann auch in andern Fällen insbesondre bei einfach dilatorischen Einreden geschehen. S. oben Nr. 1 dieses §en.

32) Kein Jurist, welcher Anspruch auf wissenschaftliche Bildung macht, wird heutzutage den ungereimten Ausdruck: „Einrede des mangelnden oder fehlenden Klagegrundes, der mangelhaften Klagsubstantiirung im Munde führen, sey es auch nur, um in einem Urtheil die Verwerfung eines solchen Undings auszusprechen.

33) Abgesehen von Fällen, wo der Beklagte selbst primär nur Abweisung der Klage, wie sie angebracht ist, mit Grund beantragt hat.

handen, die Geschichte habe sich so zugetragen, wie es zur Begründung des fraglichen Anspruchs dienlich wäre. Ein unbestimmtes Meinen und Dafürhalten, daß der Kläger vielleicht mit einer verbesserten Klage bessern Erfolg erlangen könne, ist zur Rechtfertigung des Beisatzes „angebrachtermassen" nicht genügend [34]). — Nach erlassenem Beweisinterlokute und durchgeführtem Beweisverfahren kann eine Abweisung der Klage, wie sie angebracht ist, nicht mehr vorkommen, es sey denn, die Beweisführung hätte gerade eine Einrede betroffen, mit welcher von Seite des Beklagten nur eine einstweilige Entbindung von der Klage erstrebt war [35]).

4) „Ist auch erforderlich, daß soviel immer nach „Beschaffenheit der Sachen und Personen thunlich ist, „auf ein Gewisses gesprochen werde," welches aber, bemerkt Kreittmayr, „in Erb-, Vormundschafts- und Vertheilungssachen, oder allen andern dergleichen Generalactionen seine Ausnahme erleidet, weil die Beschaffenheit der Klage dieses nicht recht zuläßt, sondern das Ge-

34) Im Uebrigen kann nicht davon die Rede seyn, „die Klage angebrachtermassen abzuweisen," wenn die Mangelhaftigkeit der Klage in den spätern Verhandlungen auf eine nach den Grundsätzen von der emendatio libelli zulässige Weise gehoben wurde. — Wo es ferner nach den Gesetzen zulässig erscheint, die Hebung des vorhandenen Mangels durch Anordnung einer Ergänzung z. B. der nachträglichen Vorlage einer Urkunde, oder durch Veranlassung einer nachträglichen Verhandlung über gewisse Punkte (s. oben S. 347), oder durch Ausübung des richterlichen Fragerechts (s. oben S. 91—3) zu versuchen, so muß vorerst ohne Unterschied der Instanz, in welcher die Sache schwebt, von dieser Befugniß Gebrauch gemacht und der geeignete Vorbescheid erlassen werden. Es ist gesetz- und zweckwidrig, an die Stelle solcher Vorbescheide eine Abweisung der Klage, wie sie angebracht ist, zu setzen. Bl. f. RA. Bd. VI S. 244—9.

35) Bl. f. RA. a. a. O. lit. e.

wisse hierin sich erst in ipsa executione ergeben muß. Gleiche Bewandtniß hat es mit den Erkenntnissen puncto fructuum, damnorum[36]), usurarum und appertinentium; denn diese werden in der Hauptsentenz anfänglich nur circa quaestionem an festgesetzt, und in quaestione quomodo auf weitere Liquidation ausgestellt, ausser soviel der Zinsen und Früchte halber die Zeit, von welcher sie anfangen sollen, belangt; denn diese soll man allezeit gleich determiniren."

Die Liquidation, von welcher Kreittmayr spricht, ist summarisch in der Art zu pflegen, daß mit dem Ansatz der Liquidationsposten zugleich die Beweismittel, mit der Beantwortung der aufgestellten Rechnung zugleich die Gegen-Behelfe anzugeben sind, kein Beweis-interlokut erlassen, sondern die Beibringung des Erforderlichen durch prozeßleitendes Dekret oder Vorbescheid aufgetragen, und, soweit es die Beschaffenheit der Sache erlaubt, in kurzen Fristen verfahren wird[37]). — Liefert die unternommene Liquidation — in Ansehung des Betrags — kein bestimmtes Resultat, so tritt (abgesehen von Fällen der Zulässigkeit des Schätzungseides) der Rechtssatz in Anwendung: „Quod interfuit, judicis officio aestimandum est"[38]).

36) Es handelt sich hier nicht von Rechtssachen, in welchen Schadensersatz Hauptgegenstand der Klage ist, sondern vom Ersatz des zugegangnen Schadens, welcher als Nebenleistung gefordert resp. zuerkannt wird.

37) S. unten Kap. XVII §. 4 Nr. 7 und die Anmerk. dazu.

38) Fr. 15 §. 9 Quod vi aut clam (43, 24). Vgl. Const. 9 Unde vi (8, 4): „si non potuerit, qui vim sustinuit, quae perdidit, singula comprobare, taxatione a Judice facta pro personarum atque negotii facta." S. auch GO. Kap. XVII §. 4 Nr. 7: „durch richterlichen Ausspruch auf eine gewisse Summe bestimmt." — Mevius Decis. Pars VI decis. 182 nr. 5: „Ob inopiam et difficultatem probationis,

5) „Soll man die Alternationen, wenn nemlich auf „das eine oder andre gesprochen wird, ebenfalls darin „vermeiden [39]), wenn nicht die angestellte Klage selbst „alternativ, oder der Richter im Zweifel ist, ob die ein„geklagte Sache noch existire, in welchem Fall entweder „auf dieselbe in natura, oder auf den Werth und das „Interesse sententionirt werden soll."

6) „Alle Gerichtsstellen sind verbunden, ihren Urthei„len Entscheidungsgründe beizufügen" [40]).

Diese Vorschrift gilt nur von denjenigen Entscheidungen, welche mit der Formel „wird zu Recht erkannt" erlassen werden, nemlich bei den Definitiverkenntnissen und denjenigen Zwischenbescheiden, welche „definitiv auf die Entscheidung der Rechtssache, obgleich nur mittelbar wirken" [41]). — Bei Zwischenbescheiden andrer Art ist Vor-

quod incertum, judicis officio ad certam quantitatem redigitur." — Idem P. VI decis. 373 nr. 2: „Pretia rerum, ubi non constant, ad definitionem judicis pertinent, cujus est, pro arbitrio juxta circumstantias de eo statuere." — S. auch oben Kap. XII §. 3 S. 259, Kap. XIII §. 4 S. 330.

39) Als Beispiel einer unstatthaften Alternation führt der von Kreittmayr allegirte Seyfart die Erkenntnißformel an: „Daß Beklagter dem Kläger entweder die geklagten 1000 Rthlr. zu bezahlen, oder denselben durch ein Aequivalent zu befriedigen schuldig."

40) Verf. Urk. Tit. VIII §. 2. Vgl. die der GO. in diesem Punkte derogirenden, in der Novellen-Sammlung Bd. I S. 271 allegirten frühern Verordnungen; insbes. Regb. von 1804 S. 817, von 1808 S. 985, 1785 §. 57. — Ueber die zweckmäßige Fassung der Entscheidungsgründe ist eine Instruktion unter dem 27. April 1813 ergangen. Regb. S. 568 ff. (§. 8, 11); Moritz NS. Bd. III S. 208—10.

41) S. die ebenangeführte Instruktion Nr. 4. Vgl. oben §. 1 dieses Kapitels.

anschickung oder Einflechtung kurzgefaßter Motive[42]) zwar nicht geboten, aber angemessen und gebräuchlich[43]).

Bloße Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe der vorigen Instanz ist zur Erfüllung der gesetzlichen Vorschrift nur da genügend, wo jene gutgearbeitet, und in den Verhandlungen der höhern Instanz keine neue Gegengründe von einiger Erheblichkeit vorgekommen sind[44]). — Von dem Verhältnisse der Entscheidungsgründe zur Rechtskraft des Urtheils wird unten im §. 11 dieses Kapitels, von der Frage, ob und inwiefern die Ausseracht-lassung des verfassungsmäßigen Gebotes Nichtigkeit der Sentenz zur Folge habe, im §. 2 des Kap. XVI die Rede seyn.

7) „Soll endlich der Richter in facto lediglich „nach dem, was aktenmäßig und legal bekannt ist, ur-„theilen" d. h. ohne Berücksichtigung ausseramtlicher Wahrnehmungen und Erfahrungen.

Die Schlußbestimmungen des §en, die Kollision der Statuten[45]) betreffend, haben bereits im ersten Bande des Kommentars S. 231—63 eine ausführliche Erläuterung gefunden.

§. 8.

Von Publizirung und Intimirung der Sentenzen.

Den Bestimmungen des §. 8 der Gerichtsordnung ist durch

42) Z. B. Hinweisung auf die zur Motivirung dienenden Gesetzstellen.

43) So insbesondre auch bei Obergerichtsbescheiden, welche eine Berufung als nach §. 51 der Novelle von 1837 unzulässig zurückweisen, sofern nicht im gegebnen Falle besondre Zweifel obwalten. Bl. f. RA. Bd. V S. 123—4.

44) Vgl. Bl. f. RA. Bd. V S. 287—8.

45) Eine neuere gediegene Schrift über diesen Gegenstand ist „Schäffner, die Entwicklung des internationalen Privatrechts. Frankfurt 1841."

durch den §. 64 Abs. 1 der Prozeßnovelle von 1837 derogirt worden, welcher also lautet:

„In Sachen, die sich nicht zum mündlichen Ver„höre [1]) eignen, soll die Verkündung durch schrift„liche Zufertigung des Urtheils an die Partheien „oder deren Anwälte gegen hinreichende Bescheini„gung geschehen."

Die Zufertigung geschieht durch Zustellung von beglaubigten Abschriften des zu den Akten ausgefertigten Originals. Hat die Parthei einen Anwalt aufgestellt, so ist die Zufertigung an diesen (oder dessen Insinuationsmandatar) zu machen [2]). Man kann jedoch nicht behaupten, daß eine in solchem Falle an die Parthei selbst bewirkte Zustellung nicht geeignet sey, den Lauf einer Noth- oder Präjudizialfrist zu eröffnen. Nur mag der Umstand, daß die nicht an den Anwalt, sondern an die an einem andern Orte wohnende, der rechtlichen Bedeutung des Inhalts unkundige Parthei geschehene Insinuation Verzögerungen und Versäumnisse veranlaßt hat, als Restitutionsgrund gelten [3]).

Der Bestimmung, daß die Zufertigung gegen hinreichende Bescheinigung geschehe, wird durch Beibringung eines vorschriftsmäßig gefertigten Botenbuchs

1) Ueber Verkündung der Urtheile in Sachen des mündlichen Verhörs — s. Bd. II S. 29.

2) Komment. Bd. II S. 296; v. Stürzer CRV. S. 568. — Vgl. GO. Kap. V §. 8 nr. 5; Gesetz vom 15. August 1828, die Militärgerichtsbarkeit in bürgerl. RS. betr. §. 4. — Wenn jedoch der Anwalt ausserhalb des Gerichtsbezirkes wohnt, und keinen Insinuationsmandatar bestellt hat, die Parthei selbst aber am Gerichtssitze oder doch im Gerichtsbezirke wohnhaft ist, so muß man es für ganz angemessen halten, daß die Zustellung unmittelbar an die Parthei geschieht. Bl. f. RA. Bd. VI S. 317.

3) Bl. f. RA. Bd. II S. 299, Bd. VI S. 316—7.

— Extrakts oder eines Rezepisse — genügt[4]). Nach einer Entschließung des k. Justizministeriums vom 24. Dez. 1841 muß der Tag der Insinuation überall von dem Gerichtsboten auf die zugestellte gerichtliche Ausfertigung in Buchstaben geschrieben werden.

Uebrigens kommt hier zur Anwendung, was in Koment. Bd. II S. 206 f. von der Insinuirung der Citation vorgetragen wurde [5]).

Die Gerichte sind bei Vermeidung einer Ordnungsstrafe von 5 bis 25 fl. verbunden, die Ausfertigung der Erkenntnisse längstens binnen 8 Tagen von der Fassung des erstrichterlichen oder vom Tage des Einlaufs des oberrichterlichen Erkenntnisses zu bewerkstelligen [6]).

4) OAGE. vom 8. April 1839 Nr. $536^{38}/_{39}$; Bl. f. RA. Bd. V S. 47 — 8 Nr. 8.

5) In Ansehung des Satzes, daß Insinuationen an Sonn- und Feiertagen erst vom folgenden Werktag an wirken, werden die Anwälte auf den in den Bl. f. RA. Bd. IV S. 111 gegebnen guten Rath aufmerksam gemacht, nemlich: es nicht auf den letzten Tag ankommen zu lassen.

6) Prozeßnovelle von 1837 §. 64. In einem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 10. Juni 1840 (Nr. $1403^{38}/_{39}$) findet sich folgende Erläuterung dieser Vorschrift: „Der §. 64 gebietet nicht die Zustellung, sondern nur die Ausfertigung der Erkenntnisse an die Theile binnen 8 Tagen unter Strafe. Schon dem gewöhnlichen Sprachgebrauche gemäß kann unter Ausfertigung eines Erkenntnisses nicht auch die Zustellung desselben an die Partheien verstanden werden, sondern nur soviel, daß die im ersten Absatz desselben §. 64 angeordnete Mittheilung von Erkenntniß-Abschriften an die Partheien bis zu der zur wirklichen Zustellung erforderlichen Form vollendet und expedirt seyn müsse. — Das Gesetz konnte auch nicht wohl etwas anders verstanden haben, da nur die Ausfertigung einer gerichtlichen Urkunde Sache des Gerichts, die Insinuation aber Sache des Gerichtsboten ist, und eine Zögerung des letzteren nicht dem Gerichte selbst zur Strafe angerechnet werden kann. Auch läßt sich nicht verkennen, daß die Aus-

In Rechtssachen, welche einen auffallenden Konflikt zwischen formellem und materiellen Rechte darstellen, oder sehr zweifelhaft oder zwischen nahen Verwandten verhandelt sind, kommt es mitunter vor, daß die Obergerichte das gefällte Urtheil dem Untergerichte vorerst verschlossen zusenden, und anordnen, der Verkündung einen nochmaligen Vergleichsversuch vorangehen zu lassen [7]).

§. 9.

Von der Veränderung oder Erklärung eines Bescheides oder Rathsconclusi.

„Was nach Vernehmung beider Theile entschieden ist, soll

1) nach geschehener Verkündung weder von dem nemlichen, noch einem andern Unterrichter anders als mittels Einwendung eines rechtmäßigen remedii juris geändert oder umgestoßen werden."

Daß beide Theile wirklich vernommen worden, ist zur Anwendung dieses Satzes nicht gerade erforderlich; sofern nemlich der eine Theil, sich vernehmen zu lassen aufgefordert war, aber die vorgesteckte Frist resp. Tagfahrt versäumt hat [1]). — Wo hingegen der Ausspruch erfolgt ist, ohne daß dem einen Theil Gelegenheit zur Vernehmlassung gegeben war, da findet Remonstration von Seite des Beschwerten statt [2]), und die Aufhebung resp. Abänderung des Bescheides kann durch denselben

fertigung und zugleich die Zustellung der Erkenntnisse in dem beengten Termin von 8 Tagen oft nicht wohl möglich seyn würde.

7) Vgl. Hellmuth L. d. CR. S. 145 Note 8.

1) Nicht zu verwechseln mit dem Falle, wo die Fristversäumniß nicht wirklich begangen, sondern nur vom Richter aus Irrthum angenommen worden. Hierüber s. oben §. 1.

2) Ueber die Frist, innerhalb welcher die Remonstration anzubringen — s. oben §. 1.

Richter geschehen [3]). Natürlich muß dasselbe gelten, wo über den Gegenstand des Ausspruchs noch kein Theil gehört war, z. B. über die Formel des nothwendigen Eides, auf welchen der Richter erkennt [4]).

Die Gesetzesworte „noch einem andern Unterrichter" beziehen sich auf Wechsel im Personale des Gerichts, oder in der Person des für die Sache bestellten Kommissärs, und auf Veränderungen, welche sich durch Uebergang an ein anderes Gericht z. B. in Folge einer neuen Organisation ergeben. — Uebrigens bewähren die Anmerkungen, daß von Gerichten überhaupt gelte, was ausdrücklich nur von „Unterrichtern" verordnet ist. — Was hier unter einem rechtmäßigen remedium juris verstanden werde, erhellt aus dem nächstfolgenden §. 10; den Gegensatz bildet — die Remonstration bei demselben Gerichte, von welchem der Bescheid ausgieng. Diese genügt überall, wo es sich nur von Berichtigung eines Schreibversehens [5]) oder Rechnungsfehlers handelt [6]).

2) Ist der — mit Vernehmung beider Theile — gefaßte Bescheid dunkel oder zweideutig, so soll die erforderliche Deklaration nicht bei demselben Richter, sondern

3) Dies gilt insbesondre von Kontumazial- und Desertions-Erkenntnissen, nemlich unter der Voraussetzung, daß der Beschwerte vorher über das Faktum der Versäumniß nicht gehört war, und daß nunmehr gezeigt wird, es habe die Versäumung nicht wirklich stattgefunden. — Ist die Frist wirklich versäumt worden, so können die vorhandnen Entschuldigungsgründe wohl zu einem Restitutionsgesuche, nicht aber zur Begründung einer Remonstration dienen. S. oben §. 1 Note 5.

4) OAGE. vom 13. Aug. 1842 Nr. 959 $^{37}/_{38}$. War bereits über die Formel verhandelt worden, so gilt das Gegentheil.

5) Hier soll ja nicht der Bescheid selbst, sondern nur die von dem Inhalt des Bescheides abweichende Ausfertigung abgeändert werden. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 336.

6) S. oben Kap. XII §. 4.

bei dem höhern im Appellationswege gesucht werden. Diese Vorschrift ist jedoch nicht anwendbar auf Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes, eben so wenig auf Erkenntnisse jedes andern Gerichtes, welches — zufolge der Vorschriften über Berufungssumme — in letzter oder einziger Instanz erkannt hat [7]). Sind ferner beide Partheien darüber einig, den Auslegungs-Bescheid von dem nemlichen Richter zu erholen, so unterliegt dies keinem Bedenken. — Da von Amtswegen darüber zu wachen ist, daß keine unverstandenen Eide geschworen werden, so muß dem Richter, welcher ein rechtskräftiges Urtheil auf Eidesleistung vollziehen soll, die Modifikation der darin festgesetzten Eidesformel in so weit zustehen, als sie, um ein Schwören ohne Sinn zu verhüten, unerläßlich ist [8]).

3) Vor der Verkündung können „Rathsconclusa" auf erfolgte Reproposition von Seite eines Raths-Mitglieds durch einen neuen Beschluß desselben Senats wieder aufgehoben oder abgeändert werden [9]).

§. 10.

Von den remediis juris contra sententiam.

„Remedia juris, wodurch eine Sentenz wieder umgestoßen werden kann, sind entweder ordinaria oder

7) Von Einreden gegen die Exekution, zu welchen die Dunkelheit des Erkenntnisses Anlaß giebt, — s. unten Kap. XVIII §. 8. —

8) Z. B. wenn ein Landmann den Erfüllungseid dahin schwören soll: „ein gewisses Recht durch Verjährung erworben zu haben." — OAGE. vom 13. Aug. 1842 Nr. 959 $^{37}/_{38}$. Vgl. Wernher obs. (ed. von 1756) P. I obs. 68. (In der Ausgabe von 1738 ist es obs. 69.)

9) Wenn es in der GO. heißt: „nicht ohne Bewilligung des Plenums," so will damit nur eine Abänderung durch ein oder einige Mitglieder des Senats, welcher den Beschluß gefaßt hat, ausgeschlossen werden. Vgl. Kreittmayr Anmerk. lit. f.

„extraordinaria, suspensiva oder devolutiva. Unter „die ordinaria remedia gehören die Appellation und Re„viſion. Unter die extraordinaria aber remedium nul„litatis und die restitutio in integrum. Von den erſten „beiden, ſiehe cap. seq. 15, und von den übrigen cap. „seq. 16. — Remedium suspensivum unterſcheidet ſich „vom devolutivo darin, daß zwar beide eine neue Un„terſuchung leiden, hingegen durch das letztere die Exe„kution nicht gehemmt wird.“

Nach dem Sprachgebrauche der gemeinrechtlichen Doktrin werden als Devolutiv-Rechtsmittel diejenigen bezeichnet, durch welche die Sache an einen andern (höhern) Richter gelangt; im Sinne der Gerichtsordnung heißt devolutiv ein Rechtsmittel, durch welches die Exekution nicht gehemmt wird, mag es gleich zur Verhandlung und Entſcheidung vor den nemlichen Richter gehören.

In weitern Bedeutungen des Worts[1]) heißen Rechtsmittel auch die Verwahrung[2]), die Remonſtration[3]), die Extrajudizialappellation[4]), die einfache Beſchwerde, insbeſondre gegen verweigerter oder verzögerter Juſtiz[5]), und die Syndikatsklage[6]).

§. 11.

Von der re judicata, und derſelben Wirkung[1]).

I.

„Wenn der Beſcheid entweder mit Worten oder Wer-

1) Vgl. GO. XVI §. 1 Nr. 7, §. 2 Nr. 3.
2) Martin im Lehrbuch §. 137, 274; Linde LB. §. 377.
3) S. unten Kap. XV §. 3.
4) S. oben Kap. XIV § 1.
5) Vgl. Kap. XV §. 5 Nr. 6.
6) Kap. XVI §. 3, 4.

1) Martin im LB. §. 112, 113 und Bayer's Vorträge dazu. — Brackenhöft die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältniſſe, oder der Umfang der Wirkung der Res judicata u. ſ. w. Göttingen 1839.

„ken einmal agnoſcirt, oder wenigſtens kein rechtmäßi„ges remedium juris ordinarium für die Parthei mehr „übrig iſt, ſo erlangt derſelbe vollſtändige Rechtskraft, „zu Latein: vim rei judicatae.“

Mit „Werken“ wird ein Beſcheid anerkannt, indem man Prozeßhandlungen vornimmt, welche deſſen Wirkſamkeit vorausſetzen, z. B. Erſtreckung der Friſt zur Antretung des aufgelegten Beweiſes, oder zur Bezahlung der Summe, welche dem Kläger zuerkannt wurde, Nachſicht auf einige Zeit erbittet. Näheres hierüber wird unten zu Kap. XV §. 10 vorgetragen werden.

Ein ordentliches Rechtsmittel kann ermangeln, entweder weil der oberſte Gerichtshof das Urtheil geſprochen hat, oder weil es an der zur Angehung der höhern Inſtanz erforderlichen Summe fehlt [2]), oder weil die Nothfriſt, deren Einhaltung die Ergreifung des Rechtsmittels bedingt, abgelaufen iſt [3]).

Die Rechtskraft des Urtheils kann zum Nachtheil der einen Parthei bereits eingetreten ſeyn, während eine der andern günſtige Abänderung noch in Ausſicht ſteht [4]).

„Die Rechtskraft beſteht darin, daß die Sentenz an„ders als durch ein rechtmäßiges remedium juris extra„ordinarium nimmermehr umgeſtoßen werden kann.“

Das rechtskräftige Erkenntniß bildet ein individuelles Geſetz für die Rechtsverhältniſſe, über welche der Prozeß geführt wurde; auf deren frühere wirkliche Beſchaffenheit kommt es in den Punkten, welche das rechtskräftige Urtheil beſtimmt, nun nicht weiter an [5]). Es macht keinen Unterſchied, ob die Rechtsverhältniſſe, welche letzteres

2) Kap. XV §. 3.

3) Kap. XV §. 6.

4) Z. B. wenn nur eine der Partheien appellirt hat.

5) Fr. 207 de reg. jur.: „res judicata pro veritate accipitur.“ Vgl. fr. 25 de statu hominum (1, 5).

umfaßt, auf dem Wege der Klage, oder auf dem der Einrede zur Sprache gebracht wurden.

Die Umſtoßung kann insbeſondre nicht durch Anſtellung einer neuen, daſſelbe Recht[6]) auf denſelben Gegenſtand[7]) aus dem nemlichen thatſächlichen Grunde[8]) verfolgenden Klage bewirkt werden, indem einer ſolchen nicht blos die exceptio rei judicatae entgegenſteht[9]), ſondern auch der Richter die Zulaſſung zur Verhandlung von Amtswegen zu verweigern hat[10]). — Eben ſo wenig zuläſſig iſt Wiederanregung der rechtskräftig entſchiednen Streitfrage auf dem Wege der Einrede[11]).

Zur Beſtimmung des Umfangs der Rechtskraft kommt es natürlich auf die Modalität des Ausſpruchs an. Wurde eine Klage nur angebrachtermaßen abgewieſen, ſo iſt der Kläger nicht gehindert, dieſelbe Klage aus dem

6) War früher die actio depositi auf Herausgabe einer Sache rechtskräftig abgewieſen worden, ſo ſteht die Rechtskraft des Urtheils der ſpäter zu gleichem Zwecke erhobnen Vindikation nicht im Wege. — Dadurch aber, daß die neue Klage, welche denſelben Zweck auf denſelben Gegenſtand aus demſelben thatſächlichen Grunde verfolgt, nur anders getauft wird, kann ſie gegen die Rechtskraft der frühern Entſcheidung nicht geſchützt werden.

7) Vgl. fr. 7 pr. de except. rei jud. (44, 2): „siquis cum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatae nocet; nam pars in toto est. — Fr. 26 pr. eod.

8) Wer einen Vindikationsprozeß verloren, und, nachdem er Erbe des A geworden, als ſolcher die Vindikation wiederholt, hat die exc. rei judicatae nicht zu beſorgen. Fr. 11 §. 4, fr. 25 pr. eod.

9) Vgl. fr. 12, 13, 14 pr. u. §. 3 eod.; fr. 10 de except. (44, 1).

10) Komment. Bd. II S. 176 — 7.

11) Indem z. B. eine rechtskräftig verworfene Forderung ſpäter zur Kompenſation benützt werden will. Archiv f. civ. Praxis Bd. XXIV S. 108 f.

nemlichen thatſächlichen Grunde, jedoch mit der erforderlichen Verbeſſerung oder Ergänzung, wiederholt anzuſtellen. — Wurde die Kompenſations-Einrede nur darum verworfen, weil die Gegenforderung illiquid oder ihrem Objekte nach zur Kompenſation nicht geeignet war, ſo ſteht die Rechtskraft des Ausſpruchs einer ſpäteren Einklagung dieſer Gegenforderung nicht im Wege[12]). — Inwiefern ein Anſpruch oder eine Einrede, über welche im Exekutivprozeſſe rechtskräftig erkannt worden, ſpäter zu wiederholter Geltendmachung im ordentlichen Verfahren dienen können, iſt in Bd. II S. 57 f. erörtert worden.

II.

„Können Proviſionalverordnungen, wie auch inter„locutoriae simplices, welche absque cognitione cau„sae ergehen, desgleichen definitivae vor der Publikation „oder Notifikation, ferner rationes decidendi, und end„lich alle contra rem judicatam laufende, oder ſonſt mit „unheilbarer Nullität behaftete Erkenntniſſe nimmermehr „die Rechtskraft erlangen."

Ueber Proviſionalverordnungen in dieſer Beziehung[13]) — ſ. Bd. II S. 37 Nr. 7; — über einfache Dekrete und Zwiſchenbeſcheide — ſ. oben Komm. zu §§. 1 und 9 des gegenwärtigen Kapitels.

12) Fr. 7. §. 1 de compensat. (16, 2).

13) v. Stürzer CRV. S. 745 bemerkt hierüber: „Provisionalia, weil ſie ihrer Natur nach nicht definitiv ſind; das heißt aber nicht ſoviel, daß derjenige, gegen welche das Proviſionale ergeht, daſſelbe, wenn er dagegen nicht appellirt, oder wenn es auf ergriffene Appellation beſtätigt wird, nicht gefallen laſſen muß, reſp. daß es nicht exequirt wird. Er muß ſich's gefallen laſſen, und es wird exequirt. Aber unabänderlich feſt ſteht es nicht, eben weil es nur ein Proviſorium iſt und der kleinſte Umſtand kann — ohne Reſtitution — Aenderung begründen."

In Anfehung des Satzes, daß Entfcheidungsgründe nicht rechtskräftig werden, macht Bayer[14]) die richtige Bemerkung: „Zu dem dispofitiven Urtheile eines Urtheils ift aber nicht etwa bloß dasjenige zu zählen, was in der Urtheilsformel felbft vorkommt, fondern Alles, wodurch ein in dem vorausgehenden Verfahren beftrittener Hauptpunkt[15]) entfchieden wird, es mag nun in dem Abfchnitte ftehen, der die Ueberfchrift „Erkenntniß führt, oder in dem folgenden unter dem Titel „Entfcheidungsgründe." Denn die bloß formelle, und oft ohne gehörige Sorgfalt gemachte Abtheilung kann hier wohl nicht als enfcheidend angefehen werden." — Dies gilt

14) Zu Martin's §. 112, 113.

15) D. h. Begründung oder Beweis eines Rechtes, mag deffen Geltendmachung auf dem Wege der Klage, oder dem der Einrede, oder in einer fpäteren Prozeßhandlung gefchehen feyn. Vgl. Heife und Cropp jurift. Abhandl. Bd. II S. 235: „Man muß einen Unterfchied machen zwifchen eigentlichen Entfcheidungsgründen und den einzelnen im Urtheil ftecken den Unter-Entfcheidungen, aus denen die Haupt-Entfcheidung fich von felbft bildet. Denn ein jedes Urtheil befteht, in Beziehung auf das in demfelben ausgefprochne Refultat, ob nemlich dem Antrage des Klägers, und in welchem Maaße, zu deferiren fey, bekanntlich in der Regel aus mehrern, wenigftens zwei decisis. Es ift darin zu entfcheiden: ob die Klage, und wenn dies, ob die Einreden und welche von ihnen begründet, fo wie ferner, ob und in wie weit die Klage oder die Einreden u. f. w. bewiefen feyen? Und das Endrefultat des Erkenntniffes ift eigentlich nur der formelle Ausfpruch deffen, was materiell bereits in jenen decisis in ihrer Verbindung miteinander enthalten ift. Verfchieden von diefen Unterentfcheidungen oder Faktoren des endlichen Refultats find aber die faktifchen und rechtlichen Anfichten" (d. h. Anfichten über Wahrheit von Thatfachen und Rechtsfätzen), „durch welche der Richter zu ihnen gelangt, und nur diefe find im ftrengen Sinne des Worts Entfcheidungsgründe zu nennen." —

insbeſondre für einzelne Streitpunkte, über welche die Dispoſitivworte nichts entſcheiden, die Entſcheidungsgründe aber bemerken, daß darüber Einverſtändniß der Partheien obwalte, oder daß ſie künftiger Entſcheidung vorbehalten ſeyen, oder daß darüber Nachweiſung im Wege des Gegenbeweiſes geliefert werden könne [16]), oder daß ein gewiſſes Vorbringen unerheblich oder unbewieſen, ein Antrag unbegründet oder nach Lage der Sache ungeeignet ſey. In Anſehung der Streitpunkte, deren Erledigung ſtillſchweigend geſchehen kann (ſ. oben §. 7 Nr. 1), müſſen die Entſcheidungsgründe ſchon zufolge ihrer Eigenſchaft als hauptſächliches Hülfsmittel der Auslegung der Dispoſitivworte, inſofern zur Richtſchnur dienen, als daraus entnommen wird, worüber und in welcher Art der Richter die Erledigung durch Uebergehung beabſichtigte. — Ueberhaupt dürfen die Dispoſitivworte in keinem andern Sinne aufgefaßt werden, als der Richter denſelben nach Inhalt der Entſcheidungsgründe beilegen wollte, und nur wo letztere als Entſcheidung gerade das Gegentheil deſſen angeben, was die Dispoſitivworte enthalten, iſt auf jene keine Rückſicht zu nehmen [17]). — Im Uebrigen äuſſert die Geſetzesvorſchrift, welche den Entſcheidungsgründen die Rechtskraft abſpricht, ihre Wirkung a) darin, daß unrichtige (faktiſche oder rechtliche) Behauptungen oder fehlerhafte Schlußfolgerungen, welche in den Motiven vorkommen, die Rechtskraft der Entſcheidung nicht hindern; b) in der Unwirkſamkeit der in den Motiven der gegenwärtigen Sentenz eingeſtreuten,

16) Wenn bezüglich einer Einrede in den Entſcheidungsgründen bemerkt iſt, daß Beklagter den Gegenbeweis darauf erſtrecken könne, ſo geht es nicht an, ſie als verworfen zu betrachten.

17) Von Fällen, in welchen die Abweichung lediglich auf Ungenauigkeit des Ausdrucks oder auf einem Schreibverſehen, z. B. auf der Auslaſſung des Wortes nicht beruht, iſt hier nicht die Rede. — Vgl. übrigens Komment. zum folgenden §. 12.

einer künftigen Entſcheidung vorgreifenden Behauptungen und Vorausſetzungen; indem z. B. Ausführungen über die Erforderniſſe der Begründung der angeſtellten Klage, welche in einer oberrichterlichen, die Einleitung der Verhandlung anordnenden Sentenz vorkommen, oder vorläufige Aeuſſerungen in den Motiven des Beweisinterlokutes [18]), durch welche der künftigen Beweisprüfung vorgegriffen wird, die Rechtskraft nicht erlangen.

Von der Unwirkſamkeit der contra rem judicatam laufenden Erkenntniſſe — wird unten zu Kap. XVI §. 2 im Zuſammenhange der Lehre von nichtigen Urtheilen geſprochen werden.

III.

„Betrifft res judicata nur die ſtreitenden Theile und „ihre Erben allein, einem Dritten aber kann dieſelbe we„der nützen, noch ſchaden, auſſer in folgenden drei „Fällen:

1) „Wenn dieſer von dem ſtreitenden Theile erſt „nach erhobenem Streite ſein Recht zur ſtreitigen Sache „erlangt hat;

18) Bei Abfaſſung des Interlokutes war blos zu prüfen, ob durch die bereits beigebrachten Behelfe vollſtändiger Beweis erbracht, ſonach eine Beweisauflage unnöthig oder doch dem Gegner die Beweislaſt aufzubürden ſey (ſ. oben S. 7 Note 9, S. 34). Gegen denjenigen, welchem Beweis aufgelegt wurde, iſt hierdurch ausgeſprochen, daß die etwa ſchon beigebrachten Behelfe keinen vollſtändigen Beweis der fraglichen Thatſache machen (ſ. oben §. 7 Nr. 1. S. 361). Ob und wiefern dieſelben nicht zur Erbringung eines unvollſtändigen, der Ergänzung durch andre Mittel oder durch den Erfüllungseid fähigen Beweiſes geeignet ſeyen, darüber war jetzt noch nicht zu erkennen, und die hierüber in den Entſcheidungsgründen geäußerte Meinung iſt nicht bindend für das künftige Endurtheil.

2) „wenn der Dritte zwar ſelbſt ein gemeinſchaft=
„liches und vorzügliches Recht bei der ſtreitigen Sache,
„und dabei von dem Streite gutes Wiſſen gehabt, gleich=
„wohl aber ſich deſſen nicht angenommen hat;

3) „wenn die Sache mit dem rechtmäßigen Kontra=
„diktor einmal mitgeſtritten worden iſt, und dabei in
„Anſehung des Dritten die nemlichen, oder noch ſtärkere
„Urſachen obwalten.“

Im zweiten dieſer Ausnahmsfälle wird unter dem gemeinſchaftlichen Rechte nicht gerade eine Gemeinſchaft deſſelben Rechts, ſondern nur eine gemeinſchaftliche Betheiligung (causa communis) verſtanden. Pfandgläubiger und Pfandſchuldner, Mann und Frau ſind nicht Genoſſen deſſelben Rechts an der Sache, wohl aber gegen über demjenigen, welcher die Sache für ſich haben will, gemeinſchaftlich betheiligt. — Um die Erſtreckung der Rechtskraft gegen den Dritten zu begründen, muß deſſen Recht nebſtdem ein vorzügliches d. h. ſo beſchaffen ſeyn, daß ihm das Recht des andern Betheiligten, welcher den Prozeß geführt hat, im Kolliſionsfalle hätte ausweichen müſſen; wie z. B. das Pfandrecht im Kolliſionsfalle dem Eigenthume, das Recht des Käufers dem des Verkäufers, das eines Ehemanns (an Dotalſachen) dem der Ehefrau vorgeht [19]). Rechtsgemeinſchaft allein, wie ſie z. B. unter Miteigenthümern oder Miterben ſtattfindet, genügt hier nicht; das gegen einen der Theilhaber geſprochene Urtheil wirkt immer nur für ſeinen Antheil, mögen gleich die beiden andern Vorausſetzungen des Ausnahmsfalles (Wiſſenſchaft und Unthätigkeit) vorhanden ſeyn [20]).

19) Kreittmayr bemerkt: „Ein gleiches Exempel giebt auch Leyser an dem domino utili, wenn er dem domino directo bei dem Streite z. B. über das jus pascendi, lignandi und andre dergleichen Grundgerechtigkeiten einen bloßen Zuſchauer abgiebt.“

20) Vgl. unten den Schluß des §en.

Zur Erläuterung des dritten Ausnahmsfalles bemerkt Kreittmayr, daß z. B. die Rechtskraft der gegen den jetzigen Fideikommißbeſitzer, Vaſallen, Grundholden ergangnen Sentenz, auch gegen die übrigen Fideikommiß- und Lehensfolger, nicht minder gegen den Lehens- resp. Grundherrn wirkſam ſey [21]). — „Der Codex erfordert aber in allen dieſen Fällen wohl merklich zwei Dinge, nemlich daß a) der Streit mit dem legitimo contradictore geweſen, und b) in Anſehung des Dritten eadem vel major vincendi ratio obwalte. — Wenn ſich (in einem Fideikommiß-Streite) der weitere Agnat oder Subſtitut mit Umgehung des nähern bei dem Streite angiebt [22]), ſo iſt er nicht legitimus contradictor, ſondern es muß dies der nächſte ſeyn, und es iſt hiebei nicht nöthig, daß man auch die weitern, welche in der Folge der Zeit mit betroffen werden könnten, beiziehe und adcitire [23]). Es liegt auch nichts daran, ob ſie Wiſſenſchaft von dem Streite haben oder nicht; denn dieſes requisitum wird nicht bei gegenwärtiger, ſondern nur bei voriger zweiter Limitation erfordert. — Eadem vel major vincendi ratio iſt aber nicht vorhanden, wenn legitimus contradictor z. B. ob suam contumaciam et culpam in processu unterliegt [24]); ingleichen wenn er etwa eines bloßen Par-

21) Vgl. auch fr. 25 de statu hominum (1, 5) und fr. 1 in fine, fr. 2, 3 de agnosc. et alend. lib. (25, 3). — Von verbindlichen Kraft gegen einen Litisdenunciaten (ſ. Kap. VIII §. 2) iſt hier nicht die Rede.

22) D. h. den Streit geführt hat, deſſen rechtskräftige Entſcheidung — hinſichtlich des Umfangs ihrer Wirkſamkeit in Frage iſt.

23) D. h. die Erſtreckung der Rechtskraft auf die Uebrigen iſt hier durch deren Beiladung nicht bedingt. Gleichwohl paßt die Vorſchrift der GO. Kap. VIII §. 4 Nr. 5 (vgl. Komment. Bd. II S. 325) auch auf dieſen Fall.

24) Bei dem zweiten Ausnahmsfalle macht dies keinen Unter-

tikularversprechens und Gedings wegen oder sonst ex facto suo proprio kondemnirt wird. — Ob im Uebrigen ex iisdem vincendi rationibus die Sentenz sich auch in casu litis consortii von einem Streitgenossen auf den andern erstrecken könne, ist ex prioribus leicht zu beantworten. Ein litis consors ist nur legitimus contradictor pro sua parte, nicht aber so viel die Theile der übrigen Genossen betrifft, und es kann also gegenwärtige Limitation bei coheredibus, correis debendi und dergleichen litis consortibus nicht Platz greifen" [25]).

§. 12.

Von dem Beweise und der Auslegung eines Urtheils.

„Gleichwie alle Gerichtshandlungen überhaupt, wenn „die Schriften und Akten verloren gegangen sind, allen„falls durch zwei unverwerfliche Zeugen bewiesen werden

schied, weil unter den Voraussetzungen desselben der Dritte a) von dem Streite unterrichtet, und also in der Lage war, durch eigne Thätigkeit die Nachlässigkeit der Hauptparthei unschädlich zu machen; b) gemäß seines vorzüglichen Rechtes besonderen Beruf hatte, sich einzumischen. — Hiebei ist noch zu bemerken, daß Nichtleistung eines zugeschobnen resp. aufgetragnen Eides im Allgemeinen nicht als contumacia gelten kann; dieser Begriff paßt offenbar nicht auf ein Unterlassen aus Gewissenhaftigkeit. — Dagegen wird Unterlassung der Berufung gegen eine beschwerende Sentenz als culpa betrachtet. Fr. 50 §. 1 de legatis I. — Im Falle einer contumacia oder culpa des legitimus contradictor braucht der Dritte die Sentenz gegen sich nicht gelten zu lassen, wenn er gleich Kenntniß von dem Streite hatte, und in der Lage war, durch eigne Thätigkeit dem nachtheiligen Ausspruche vorzubeugen, oder Abhülfe zu erwirken. Nur im zweiten, nicht auch im dritten Ausnahmsfalle gereicht solche Unthätigkeit zum Schaden. — S. übrigens Note 21.

25) S. jedoch in Bezug auf Appellationserkenntnisse — unten Kap. XV §. 11 nr. 10.

„können, so kann auch ein gleiches mit dem von den „Akten verloren gegangenen Urtheile geschehen, und es „ist dabei nicht nöthig, daß die Zeugen alle Worte des„selben, wie sie gelautet hatten, in ihrer Aussage anfüh„ren, sondern es ist genug, wenn nur der Sinn und „wesentliche Inhalt daraus erhellet.

„Im Uebrigen ist res judicata niemals weiter aus„zulegen, als es der trockne klare Buchstaben mit „sich bringt."

Bei Anwendung dieser Vorschrift in Betreff der Auslegung sind überall die Dispositivworte im Zusammenhange mit den Entscheidungsgründen aufzufassen [1]); gerade so, wie bei Auslegung eines Gesetzes auf die vom Gesetzgeber beigefügten Motive Rücksicht zu nehmen ist. Dieser Hinblick lehrt nicht selten den Schein des trocknen klaren Buchstabens von der Wirklichkeit unterscheiden.

Dem Zeugnisse der Erfahrung zufolge ist nicht anzunehmen, daß jeder Richter sich vollkommen sprachrichtig ausdrücke, daß er alle Worte gerade in der Bedeutung gebraucht habe, in welcher sie bei den Klassikern der Nation vorkommen oder welche etwa in den Werken der Sprachforscher oder in einem akademischen Wörterbuche angegeben ist. Nicht nur von der Bedeutung der Worte gilt dies, sondern auch von deren Biegung und Zusammenfügung, welche auf den Sinn der Rede von größtem Einflusse ist. — Volle Genauigkeit des Ausdrucks ist durch Genauigkeit und Schärfe der Gedanken bedingt, und daß alle Richter damit begabt seyen, läßt sich wohl nicht behaupten. Wenn nun aus dem Zusammenhange, aus dem Hinblick auf Akteninhalt, Entscheidungsgründe, oder auf Rechtssätze von täglicher Uebung [2]) — unzweideutig

1) Daß dies in der Gerichtsordnung nicht gesagt ist, erklärt sich aus Kap. XIV §. 7 Nr. 6.

2) Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 100.

deutig erhellt, daß Worte oder Wortfügungen eines vorliegenden Urtheils in abusiver Bedeutung d. h. in einer solchen gebraucht worden, welche in den Aeusserungen von Personen, die sich nicht ganz genau und richtig auszudrücken pflegen, mitunter vorkommt [3]), so ist bei der Auslegung auf die sprachrichtige Bedeutung kein entscheidendes Gewicht zu legen, sondern das Resultat nach der erkannten Willensmeinung zu ziehen. — Es ist hier keine Abweichung vom trocknen klaren Buchstaben in Frage; denn diese Merkmale ermangeln überall, wo eine mehrfache Deutung des Buchstabens möglich ist.

Undeutlich redigirte oder unbestimmte Urtheilssätze sind nach dem Inhalte der Verhandlungen auszulegen, und im Zweifel ist diejenige Auslegung zu verwerfen, nach welcher das Urtheil den Akten und Rechten nicht gemäß wäre [4]). — Hat etwa das Interlokut den Beweis der Verjährung allgemein aufgelegt, ohne die Art der Verjährung zu bezeichnen, so muß diejenige Art der Verjährung darunter verstanden werden, welche nach den Gesetzen zur Erwerbung resp. Erlöschung des in Frage stehenden Rechtes hinreicht [5]). — Die Regel, nach welcher im vollen Zweifel die billigere Deutung vorzuziehen ist [6]), gilt auch für Auslegung der Urtheile.

3) Wie z. B. der Gebrauch des Wortes und in der Bedeutung von oder. In dieser abusiven Bedeutung kommt das Verbindungswort und auch in mehrern Stellen der GO. vor; s. Kap. XI §. 11 „Gesetze und Gewohnheit" — Kap. XII §. 5 „legaliter bekannt und notorisch." — Vgl. oben S. 203, 271 — mit Bl. f. RA. Bd. VII S. 97 — 105.

4) Bl. f. RA. Bd. I S. 254.

5) Bl. f. RA. Bd. II S. 356.

6) Fr. 56, 90 de reg. juris.

Zusätze zum ersten Bande.

Erstes Kapitel.

§. 12. Fälle, worin das forum privilegiatum eximirter Personen nicht statt hat.

Ueber das Aufhören des eximirten Gerichtsstandes der Landrichter und der denselben hierin gleichstehenden Staatsdiener — durch Quiescirung — s. Bl. f. RA. Bd. VII S. 144.

§. 13. Sachen, welche von dem ordentlichen Gerichtszwang ausgenommen sind.

Zur Lehre von der ehegerichtlichen Kompetenz (Bd. I S. 105 f.) — s. Bl. f. RA. Bd. VII S. 87.

Zur Gränzbestimmung zwischen Justiz- und administrativ-kontentiösen Sachen in Bezug auf Klagsachen, welche die Erfüllung von Verträgen über Kriegslasten betreffen (Bd. I S. 127) — s. Bl. f. RA. Bd. VI S. 318.

Kompetenz der reinen Civilgerichte hinsichtlich jener Injurienklagen, welche auf öffentliche Bestrafung nebst der Privatsatisfaktion gerichtet sind (Bd. I S. 130) — s. Bl. f. RA. Bd. VI S. 237.

Zulässigkeit der Injurienklagen bei Beleidigungen von Beamten in Amtssachen (Pr. R.) — Bl. f. RA. Bd. VI S. 239.

Kompetenz in Ansehung der Belohnung für Dienstverrichtungen der Gemeindevorsteher — Bl. f. RA. Bd. VII S. 96.

§. 14. Von dem foro accessorio.

Hatte Jemand zur Zeit, als er starb, ein mehrfaches Domizil, so ist dasjenige Gericht forum hereditatis, wo er starb. Die Obsignatur und Inventur des an andern Wohnorten gelegenen Vermögens geschieht zwar durch deren Gerichte; sie müssen aber das Inventar an das forum hereditatis abgeben.

Reskript vom 8. Dez. 1764. Gen. Samml. Bd. II S. 1336.

Vgl. Bd. I S. 184 Nr. 7.

§. 15. Forum in der Klage ex lege diffamari.

Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 49, Bd. VII S. 206.

Zweites Kapitel.

§. 2. Richters Amt und Eid (Kollision der Statuten).

Anwendung der statuta personalia (Bd. I S. 236 f.) in Bezug auf Rentamtsoberschreiber — s. Bl. f. RA. Bd. VII S. 16 und die Berichtigung S. 112.

Ueber die in Ehescheidungssachen der Juden geltenden materiellen Gesetze — Bl. f. RA. Bd. VII S. 56.

§. 5. Von Advokaten.

Vertretung der Advokaten durch Amanuensen — Bl. f. RA. Bd. VII S. 192; — Exhibitionsgebühren der Advokaten — ebd. S. 233; — Beschwerde der Partheien gegen die richterliche Feststellung der Anwalts-Deserviten und Auslagen — ebd. S. 205; — das Obergericht ist nicht befugt, unangerufen die Superrevision einer ihm zu hoch festgesetzt scheinenden Deservitenrechnung vorzunehmen — ebd. S. 206.

Zusätze zum zweiten Bande.

Drittes Kapitel.

§. 3. Von dem processu summariissimo und executivo.

I. Das beschleunigte Verfahren im mündlichen Verhör.

Zulässigkeit schriftlicher Eingaben — Bl. f. RA. Bd. VII S. 52, 78.

Es begründet keine unheilbare Nullität, wenn eine zum gewöhnlichen Verfahren gehörige Sache durch das Gericht zum beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhör gezogen wird — Bl. f. RA. Bd. VII S. 78.

Zur Lehre von Provisorien — Bl. f. RA. Bd. VII S. 353.

II. Exekutivprozeß (Bd. II S. 45 f.) — aus Wechseln nicht wechselfähiger Personen — Bl. f. RA. Bd. VI S. 218; — aus einer Depositalquittung — ebd. S. 218; — aus einer cedirten Forderung — ebd. S. 220; Einrede der unrecht gewählten Prozeßart — ebd. S. 220 (Komm. Bd. II S. 55).

§. 4. Vom possessorio plenario.

Possessor. Rechtsmittel in Bezug auf Reichnisse an Getreide und Holz — Bl. f. RA. Bd. VI S. 95; betr. die Benützung eines Fischwassers — ebd. S. 94.

Genügt bei Klagen auf Schutz im Besitz die Angabe des allgemeinen Klagegrundes? — Bl. f. RA. Bd. VII S. 107.

§. 6. Wer Prozeß führen kann.

Von Gemeindesachen, bei welchen nur ein Theil der Gemeindemitglieder betheiligt ist — Bl. f. RA. Bd. VII S. 254.

Streitkonsens zu Gemeindeprozessen — Bl. f. RA. Bd. VI S. 108—11.

Der in Bd. II S. 94 aufgestellte Satz:

„Will eine Gemeinde sich in einem Rechtsstreite ei-
„nes andern als des bei dem Gerichte aufgestellten
„Gemeindeanwaltes bedienen; so bedarf sie hiezu
„der Genehmigung der einschlägigen Regierung nicht;
„sondern das Prozeßgericht hat den Legitimations-
„punkt ganz so, wie gewöhnlich zu prüfen."

hat in vorgekommenen Fällen die Billigung der Gerichte, insbesondre des obersten Gerichtshofs, nicht gefunden. — Da die ordentlichen Gemeindeanwälte von der Regierung aufgestellt sind, so scheint es allerdings folgerecht, die Zulassung einer Ausnahme von der Regel gleichfalls dem Ausspruche dieser Verwaltungsbehörde zu unterstellen. — Allein die Abweichung von dem, was die strenge Konsequenz mit sich bringt, mag sich durch Rücksicht auf Geschäftsvereinfachung empfohlen haben, und darum eine Fassung des §. 25 des Regulativs zur Geschäftsführung der Verwaltung in den Ruralgemeinden vom 24. Sept. 1818 — beliebt worden seyn, welche offenbar für die im Kommentar adoptirte Ansicht spricht. Es heißt hier nicht, daß es bei gegründeten Ursachen den Gemeinden freistehen soll, die Erlaubniß zur Bevollmächtigung eines andern, als des Gemeindeanwalts, von der Regierung zu erholen; — sondern es ist ihnen geradezu die Befugniß eingeräumt, „sich in solchem Falle eines öffentlichen Anwalts zu bedienen."

Müßte die Regierung angegangen werden, so würde die Prüfung der angeführten Ursachen in den meisten Fällen Abforderung eines Berichtes von demselben Gerichte nöthig machen, bei dem der Prozeß anhängig ist; und gerade, um dieses Hinundherschreiben abzuschneiden, scheint es für angemessen erachtet worden zu seyn, die Prüfung der fraglichen Ursachen dem Prozeßgerichte anheimzustellen.

§. 8. Von armen und unvermöglichen Partheien.

Der Offizialanwalt einer armen Parthei bedarf keiner Prozeßvollmacht (Bd. II S. 111) — s. Bl. f. RA. Bd. VI S. 190—2.

Unzulässigkeit der Beschwerdeführung wegen Zulassung des Gegners zum Armenrechte — ebd. Bd. VII S. 160.

Viertes Kapitel.

§. 3. Wie die actiones erlöschen.

In Bd. II S. 124 ist die Ansicht von Kind und Unterholzner adoptirt: die Klagen-Verjährung könne schon vor Entstehung des Klagrechts anfangen, vorausgesetzt daß es in der Willkür des Berechtigten stand, diese Entstehung herbeizuführen; toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris. — Gegen diese Ansicht hat in neuester Zeit Savigny (Röm. Recht Bd. V S. 282 f.) sehr gewichtige Gründe vorgetragen. Vgl. Thon in der Gießner Zeitschrift Bd. VIII S. 1—57. — Am wenigsten kann obiger Satz auf diejenigen Fälle Anwendung finden, in welchen der Anfang der Verjährung zufolge besondrer Gesetzesvorschrift (z. B. §. 31 des Finanzgesetzes von 1831) von der Erhebbarkeit der Zahlung abhängt, indem die Zahlungsanweisung an die Kasse, durch welche die Erhebung bedingt ist, nicht in der Willkür des Gläubigers liegt. Vgl. Bl. f. RA. Bd. V S. 78.

§. 5. Provocatio ex lege Diffamari.

Provokationsprozeß durch ein Mandat eingeleitet — Bl. f. RA. Bd. VI S. 112. — Die Verwirkung des ewigen Stillschweigens muß durch Urtheil ausgesprochen werden — ebd. S. 384 u. Bd. VII S. 304. — Ein zur Provokation berechtigender Angriff hat nicht stattgefunden, wenn der Gegner auf obrigkeitliche Befragung die Erklärung abgegeben hat, daß ihm gegen ein von dem an-

geblichen Diffamanten beabsichtigtes Unternehmen ein Einspruchsrecht zustehe — ebd. Bd. VI S. 282. — Von Provokationen wegen übler Nachrede — ebd. S. 283. Kann der Inländer einen Ausländer zur Klagstellung provoziren, wenn letzterer die Klage bereits bei dem im Auslande begründeten forum arresti angestellt hat? — ebd. Bd. VII S. 49. — Ist bei Berühmung künftiger Regreßansprüche wegen Forderungen, deren Beträge noch nicht festgestellt sind, die Erhebung der provocatio ex lege Diffamari sofort begründet? — ebd. S. 92.

§. 7. Innerliche Erfordernisse eines Klaglibells.

Von der Klagbegründung durch Bezugnahme auf Vorakten — Bl. f. RA. Bd. VII S. 128.

§. 10. Aeusserliche Form der Klagen.

Von Unsiegelmäßigen selbsterhibirte Schriften — Bl. f. RA. Bd. VII S. 32. — Folgen der Fehler in der äussern Form — ebd. S. 125. Vgl. oben S. 29 Note 13.

Fünftes Kapitel.

§. 2. Von der Verbal-, Real- und Subsidial-Citation.

Ladung durch Cirkularpatent — Bl. f. RA. Bd. VII S. 141.

§. 6. Von Kommunikationen und Mandaten.

Bedingtes Mandatsverfahren — Bl. f. RA. Bd. VI S. 93.

§. 8. Insinuirung der Citation.

a) Insinuation an Verwandte — Bl. f. RA. Bd. VI S. 142 Nr. 2; an Abwesende S. 142 Nr. 3; an den Prokuraträger S. 143 Nr. 4 (vgl. Komm. Bd. II S. 349). — b) Insinuationsmandatar bei erneuerten Klagen — ebd. S. 143 Nr. 5; zur Bestellung bedarf der Anwalt keiner besondern Vollmacht — S. 143 Nr. 7. — c) Insinuation durch die Post — ebd. S. 144 Nr. 8. — d)

Beweis der Insinuation durch Postscheine — S. 144 Nr. 9. — e) Insinuation an die unrechte Person S. 144 Nr. 10; — an die Parthei, wenn ein Anwalt bestellt ist — ebd. S. 317 (vgl. Komm. Bd. III S. 369).

In Ansehung der Frage, ob Insinuationen an Sonn- oder Festtagen als nicht rite geschehen anzunehmen, sind die Ansichten der Gerichte verschieden. Den Anwälten ist daher anzurathen, es nicht auf den letzten Tag ankommen zu lassen. — S. Bl. f. RA. Bd. IV S. 111 und Komment. (Bd. III S. 370) zu Kap. XIV §. 8.

§. 9. Wirkung der insinuirten Citation.

Mala fides als Wirkung der Ladung — Bl. f. RA. Bd. VI S. 337, 355; insbesondre bezüglich der Restitution der Früchte S. 344; bez. der Verbindlichkeit zur Zinszahlung S. 346; der Haftung für Beschädigung und Untergang der Sache S. 347; der Gegenforderungen wegen Verwendungen S. 349.

Sechstes Kapitel.

§. 1. Von der Kriegsbefestigung, Exception u. s. w.

Unterschied von Kriegsbefestigung und Einrede, insbesondre bei Defloration sklagen — Bl. f. RA. Bd. VI S. 302.

Von spezieller Ableugnung gegnerischer Behauptung — Bl. f. RA. Bd. VII S. 191.

§. 8. Innerliche und äusserliche Form der Exceptionsschrift.

Faktische Begründung der Einreden, insbesondre der exceptio plurium concumbentium — Bl. f. RA. Bd. VI S. 181. — S. dagegen den Plenarbeschluß des obersten Gerichtshofs vom 23. Juni 1841 (RegBl. S. 633 ff.).

Sieben-

Siebentes Kapitel.

§. 4. Wem man Vollmacht geben könne. (Komment. Bd. II. S. 286).

Vertretung des Fiskus bei Verfügungen der Militärbehörden — Bl. f. RA. Bd. VI S. 224.

§. 9. Wieweit sich die Spezial- und Generalvollmacht erstrecke.

In Komm. Bd. II S. 291 wird zu den gerichtlichen Handlungen, für welche spezielle Bevollmächtigung erfordert wird, gerechnet:

10) Die Ableistung eines Eides in die Seele des Prinzipals, wo solche überhaupt zulässig ist.

Diesem Satze widerstreitet die Vorschrift der Gerichtsordnung VII §. 9 Nr. 2 in den Worten „den Eid leisten." — Allein diese Vorschrift ist in diesem Punkte heutzutage nicht mehr anwendbar. Bei Aufstellung derselben war — gemäß Gerichtsordnung XIII §. 1 Nr. 2 — vorausgesetzt, daß die Befugniß der Eidesleistung durch Anwälte als Regel bestehe, daß demnach der Prozeß Eidesleistungen durch Anwälte (wie es in Kap. VII §. 9 Nr. 2 heißt) mit sich bringe. — Diese Voraussetzung ist nun durch das Gesetz vom 11. Jan. 1806 (S. oben S. 282) weggefallen; die fragliche Regel ist zur Ausnahme geworden, man kann nicht mehr sagen, daß der Prozeß die Eidesleistungen durch Anwälte mit sich bringe. Daraus folgt nun, daß sich nicht annehmen läßt, der Aussteller einer Generalvollmacht habe heutzutage auch an die Bevollmächtigung zur Eidesleistung gedacht. Wo freilich in der Generalvollmacht auf die in Kap. VII §. 9 Nr. 2 spezifizirten Befugnisse ausdrücklich Bezug genommen ist, da liegt wirklich eine Spezialvollmacht zur Eidesleistung vor.

Achtes Kapitel.

§. 4. Von der Intervention.

Prozeßsistirung in Folge einer Adcitation — Bl. f. RA. Bd. VI S. 91.

Zusätze zum dritten Bande.

Dreizehntes Kapitel.

§. 1. Von dem Eide überhaupt.

Zu Nr. 1 (S. 281). Jeder Verbrecher ist während seiner Strafzeit unfähig zur Ablegung eines Eides. Durch die blos temporär stattfindende Unfähigkeit wird die Zuschiebung resp. Zuerkennung des Eides nicht gehindert. Hängt aber der Ausgang oder Fortgang des Prozesses von der wirklichen Ableistung ab, so kommt hinsichtlich der Wirkung des obwaltenden Hindernisses der §. 36 lit. c des Prozeßgesetzes von 1837 zur Anwendung.

Zu Nr. 3. Von Eidesleistung der Vormünder für den Pflegling (s. oben S. 284) — vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 112.

Zu Nr. 6 (S. 290 Nr. 6 lit. a). In der Rechtssache Nr. $21^{35}/_{36}$ ergieng oberstrichterliche Entschließung: „das Landgericht N. anzuweisen, Sorge zu tragen, daß in Zukunft Beeidigungen, als richterliche Handlungen von besondrer Wichtigkeit nur von Gerichtsmitgliedern, welchen Richters-Eigenschaft zukommt, vorgenommen werden."

Bayerische Staatsbibliothek München

Berichtigungen.

Im zweiten Bande.

S. 94 Note 15 Zeile 7 statt 627 lies 267.
= 227 Z. 29 st. „ehrhaften“ l. „ehehaften.“
= 291 Z. 23 ist nach „Fällen von Nr. 11“ beizusetzen: „und Nr. 12“.

Im dritten Bande.

S. 24 Zeile 20 nach „wurde“ setze bei: [7]).
= 28 Z. 8—9 st. „wiedersprochenen“ l. „widersprochenen“.
= — = 19 nach „will“ schalte ein (S. unten S. 223—4).
= 48 Note 26 Z. 11 st. „Geschätzten“ l. „Geschützten“.
= 49 Zeile 3 st. „Cedent“ l. „Schuldner“.
= 136 Z. 7 nach „und“ schalte ein: „freie“.
= 143 = 6 vor „Unter“ setze bei: 6).
= 253—63 soll die Ueberschrift heißen: Beweis durch Sachverständige.
= 335 in der Ueberschrift des §. 6 statt „calumnia“ lies „calumniae.“

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Seuffert, Johann Adam,

Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung (codex iuris bavarici iudiciarii de anno 1753)

Bd.: 3

Erlangen (1842)

Bavar. 4821 z-3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10386909-8